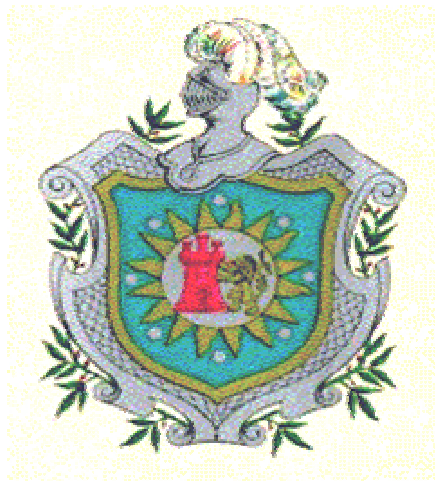


**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE NICARAGUA
UNAN – LEÓN
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



DERECHO

**MONOGRAFÍA PARA OPTAR AL TÍTULO DE LICENCIADO EN
DERECHO**

***NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CONCESIONES
EN NICARAGUA***

**Br. DANILO JOSÉ ALMANZA MARTÍNEZ.
Br. YESSÉNIA MARISOL ESPINOZA MENDOZA.**

TUTOR. Dr. JORGE FLAVIO ESCORCIA.

León, julio del 2004.

ÍNDICE

Abreviaturas.....	4.
Introducción.....	5.

CAPÍTULO I: Teoría General de las Concesiones.

1. Antecedentes históricos.....	8.
2. ¿Qué es la Concesión?.....	9.
2.1. Concepto de Concesión.....	9.
2.2. Definición de Concesión.....	10.
3. Diferencias entre Concesión y otras Figuras del Derecho Administrativo: ..	12.
3.1. Concesión y Contrato Administrativo.....	13.
3.2. Concesión y Autorización.....	15.
3.3. Concesión y Permiso.....	16.
3.4. Concesión y Delegación Administrativa.....	17.
4. Elementos de la Concesión.	17.
4.1. Elementos Generales.....	17.
4.2. Elementos Esenciales.....	18.
4.3. Elementos Subjetivos.....	19.
5. Requisitos de la Concesión.....	19.
6. Características de la Concesión.....	21.
7. Clasificación de la Concesión.....	24.
7.1. Según la Doctrina.....	24.
7.2. Según el Ordenamiento Jurídico nicaragüense.....	27.
8. Principios que rigen a las Concesiones.....	31.

CAPÍTULO II: Procedimiento Administrativo para el Otorgamiento de Concesiones.

1. Clases de Procedimientos.....	38
1.1. Procedimientos Generales y Especiales.....	38.
1.2. Procedimientos Ordinarios y Sumarios o de Urgencias.....	40
2. Etapas de la Concesión:	43.
2.1. Acto Legislativo.	43.
2.2. Reglamentación al Acto Legislativo.	44.
2.3. Procedimiento Administrativo para otorgar Concesiones.....	45

2.3.1. De Servicios Públicos.....	45.
2.3.1.1. Procediendo por Licitación.....	46.
2.3.1.2. Procedimiento por Negociación Directa.....	48.
2.3.2. De Recursos Naturales.....	50.
2.3.2.1. Procedimiento General.....	50.
2.3.2.2. Procedimiento Especial para otorgar Concesión por Licitación.....	53.
3. Otorgamiento de Concesiones, ¿facultad discrecional o reglada?.....	54.
4. Silencio Administrativo.....	57.
5. Efectos que se derivan de la Concesión.....	58.
5.1. Derechos del concedente.....	59.
5.2. Obligaciones del concedente.....	64.
5.3. Derechos del concesionario.....	66.
5.4. Obligaciones del concesionario.....	70.
6. Sanciones Administrativas.....	73.
6.1. Clasificación de las Sanciones.....	74.

CAPÍTULO III: Naturaleza Jurídica de las Concesiones.

1. Teorías que estudian la Naturaleza Jurídica de las Concesiones.....	78.
2. Naturaleza Jurídica de las Concesiones en Nicaragua.....	82.
2.1 Según el Ordenamiento Jurídico.....	82.
2.2 Según el Procedimiento utilizado.....	84.
3. Relaciones entre los sujetos de la Concesión.....	87.
3.1. Entre concedente y concesionario.....	87.
3.2. Entre concesionario y usuario.....	88.
3.3. Entre concedente y usuario.....	90.
3.4. Entre concesionario y empleados de la empresa.....	91.
4. Medios de impugnación aplicables al Régimen Jurídico de las Concesiones. Recursos administrativos.....	91.
4.1. Elementos característicos de los Recursos Administrativos.....	93.
4.2. Clases de Recursos Administrativos.....	93.
5. Causas de extinción de las Concesiones.....	95.
6. Conclusiones	101.
Bibliografía.....	103.
Anexos.....	107.

ABREVIATURAS.

AdGeo: Administración Nacional de Recursos Geológicos.

Arto.: Artículo.

Cn: Constitución política.

DGE: Dirección General de Electricidad.

DGRN: Dirección General de Recursos Naturales.

INE: Instituto Nicaragüense de Energía.

MARENA: Ministerio del Ambiente y Recursos Naturales.

MIFIC: Ministerio de Fomento, Industria y Comercio.

N.L.C: Normativa de Licencias y Concesiones.

N.S.E: Normativa del Servicio Eléctrico.

INTRODUCCIÓN.

La palabra concesión proviene del latín *consesio*, derivada de *concedere*, que significa **conceder**; ésta se ha entendido, en términos generales, como un derecho especial que se otorga a los particulares sobre el patrimonio del Estado, y es considerada una de las formas preferentes de colaboración de la actividad privada en la ejecución de la función administrativa.

Sin embargo, debido a la utilización indistinta e indiscriminada de este término para referirlo a todo tipo de otorgamiento que realiza el Estado, se ha llegado, en algunos casos, a confundirla con el permiso, la licencia y la autorización, las cuales, aunque tengan semejanzas con la concesión (por referirse a beneficios o derechos que por Ley corresponde al Estado su otorgamiento y por medio de ellos se confiere su explotación o aprovechamiento a los particulares), no se han establecido en nuestro ordenamiento jurídico las diferencias en cuanto a los fines perseguidos por cada una.

Lo anteriormente referido, aunado a la importancia de conocer la naturaleza jurídica de las concesiones en nuestro país, han sido las razones fundamentales para la elección de este tema; así, en el presente trabajo, hemos pretendido a grandes rasgos tal y como lo planteamos en uno de nuestros objetivos, realizar una comparación entre los postulados de la Doctrina frente a la legislación nacional, para posteriormente, determinar su naturaleza, no mediante la adopción de manera irreflexiva y excluyente de una posición doctrinal específica, si no, bajo un análisis objetivo y detallado de las mismas. Asimismo, nos propusimos analizar el papel que juega el Estado en cuanto a la protección que deben proveer a los administrados, como también, las garantías (medios de impugnación) que el derecho les deja a salvo a los usuarios al momento de otorgarse una concesión.

Para el cumplimiento de nuestros objetivos, hemos estructurado el presente trabajo en tres capítulos: En el primero se comprenden los aspectos

generales de la concesión, tales como: elementos (subjetivos y esenciales), características, requisitos, principios, etc.; en el segundo capítulo, los procedimientos administrativos atinentes al otorgamiento de las mismas (procedimientos generales, específicos y de licitación) y en el último capítulo, hacemos un análisis de estos procedimientos en conjunto con la legislación nacional, hasta deducir de ella su naturaleza.

Si bien, es cierto que existe una cantidad regular de bibliografía sobre las concesiones, también lo es, el hecho de que no es actualizada y que específicamente en la doctrina nacional no hay un criterio firme ni actual sobre la naturaleza jurídica de las mismas, lo cual representó una dificultad para el desarrollo de nuestro trabajo, teniendo que recurrir a la legislación y criterios más antiguos en que se ubica tal figura. De la misma manera, constituyó una limitación el que los funcionarios encargados de los procedimientos para otorgar una concesión (bien sea ésta de servicios públicos o de Recursos Naturales) no son personas con amplios conocimientos jurídicos, sino que cuentan con los conocimientos técnicos pertinentes sobre la materia objeto de la concesión.

Aunque no es tarea sencilla determinar la naturaleza jurídica de las concesiones en Nicaragua, esperamos que el presente trabajo sirva al menos de base a los interesados en profundizar sobre este tema, el cual seleccionamos para esta monografía por tratarse de intereses colectivos como son los de los Servicios Públicos y los Recursos Naturales, ambos de vital importancia en el desarrollo socio-económico del país, y no sólo del nuestro, tal es el caso, que este estudio continúa siendo polémico a nivel de Doctrina internacionalmente.

CAPÍTULO I:

TEORÍA GENERAL DE LAS CONCESIONES

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA CONCESIÓN.

Los orígenes de la concesión son remotos, se hablaba antiguamente de privilegios que otorgaban los soberanos para premiar a sus servidores, por servicios recibidos; generalmente consistían en otorgarles ciertas partes del territorio, así se hablaba de concesiones territoriales. También había concesiones de comercio y aún para regular ciertos aspectos administrativos y hasta judiciales, como las concesiones que se otorgaron por Inglaterra y Holanda a las compañías de la Indias Orientales.

En España, se precisa con perfiles bien definidos la concesión minera, sobre todo en los territorios coloniales. Así encontramos numerosas disposiciones legales que regulan la materia minera y que son aplicables al territorio de Nueva España. Durante la colonización española de América, la concesión, eran un repartimiento que los indios hacían a favor de los conquistadores, quienes, en contrapartida a los derechos adquiridos, contraían la obligación de proteger e instruir a aquellos que estaban sometidos a su jurisdicción.

Al implementarse el sistema económico capitalista, como una consecuencia ineludible de la naturaleza de su base económica, la administración pública es en su primera etapa abstencionista, correspondiendo a la administración realizar actividades de servicios estrictamente necesarios a la defensa del país, el orden interno, la justicia y la percepción de impuestos. Tal situación varió con el desarrollo social que provoca la urgencia de acometer nuevas tareas administrativas para dar satisfacción a los requerimientos que las masas planteaban, originándose la transformación de una administración abstencionista en una administración prestadora de servicios, lo que conllevó interferencias con actividades de la empresa privada, acrecentando así su actividad pero sin abandonar la esencia del sistema.

Por lo antes señalado, podemos afirmar que el sentido de la concesión ha variado desde la antigüedad hasta nuestros días por la constante necesidad del

Estado de mejorar la prestación de los servicios y por la fehaciente dificultad de manejar toda la actividad estatal, desprendiéndose en consecuencia de algunos de estos servicios y depositándolos en manos de privados con capacidad para realizar dicha actividad; así observamos, que por mucho tiempo la concesión fue considerada como un contrato de Derecho Privado, dada su similitud aparente con el de obra pública, al que estuvo ligada por razones históricas.

Inicialmente, se pensó en una relación en que el concesionario y el Estado se obligaban recíprocamente, creando una relación contractual sujeta a las reglas del Derecho Civil (autonomía de la voluntad). Posteriormente se le atribuyó la naturaleza de un contrato de adhesión, en donde la situación de igualdad se trastoca en la de dependencia, puesto que en ella una de las partes fija las cláusulas del contrato, mientras la otra las rechaza o acepta tal y como son ofrecidas, obviándose de esta manera, que en realidad se da la aplicación de una situación jurídica preexistente.

En oposición a esta tesis que incluye al Derecho Privado en las instituciones administrativas, se elaboró (por Mayer), una que niega la aplicación del término contrato al Derecho Administrativo, puesto que para esta posición doctrinaria se trata de simples actos administrativos, que pueden resultar eficaces únicamente con el consentimiento del interesado.

En última instancia, se ha llegado a considerar a la concesión como una de las formas de realizar o gestionar el servicio público, sentando la tesis de la naturaleza compleja de esta figura administrativa con una fase contractual y otra reglamentaria.

2. ¿QUÉ ES LA CONCESIÓN?

2.1. Concepto de Concesión.

Concepto amplio de concesión: cualquier disposición que sirve para ampliar la esfera jurídica de los particulares, confiriéndoles ventajas jurídicas de manera

directa o inmediata. En esencia, la concesión hace nacer en el particular un derecho del que no disponía con anterioridad.¹

La concesión como institución de Derecho administrativo: es el acto jurídico que tiene un determinado contenido, otorgar a un particular un poder jurídico sobre una manifestación de la Administración pública. Su finalidad es otorgar el ejercicio de determinada actividad dentro de normas especiales o su poder sobre algunas cosas públicas. El particular adquiere un derecho o poder de obrar derivado del Estado quien se lo confiere.

El doctor Hernández Cartaya considera que la concesión, por su naturaleza, es un usufructo temporal de derechos públicos, correspondientes a entidades Administrativas, que los requieren al finalizar la misma, por la facultad llamada de reversión.²

2.2. Definición.

Para Vedel, la concesión de Servicio Público es un procedimiento por el cual una persona pública, llamada autoridad concedente, confía a una persona, física o jurídica, llamada concesionario, el cuidado de manejar un servicio público bajo el control de la autoridad concedente, mediante una remuneración que consiste habitualmente en las cuotas que el concesionario percibirá de los usuarios del servicio.³

Según el Diccionario de la Real Academia Española, la concesión es el otorgamiento gubernamental a favor de particulares o de empresas, bien sea para apropiaciones, disfrutes o aprovechamientos privados en el dominio público, según acontece en minas, aguas o montes, bien para destinar o explotar obras públicas, o bien para ordenar, sustentar o aprovechar servicios de la administración general o local. La concesión es la gracia, merced o reconocimiento expreso o tácito que se otorga por la Administración mediante

¹ Alessi, Renato. Instituciones de Derecho Administrativo. Tomo I. 3ª Ed. 1970 pág.166.

² Citado por Lancís y Sánchez, Antonio. Derecho Administrativo. 3ª Ed. 1952. pág.462.

³ Vedel, Georges. Derecho Administrativo. 1980. pág.708.

ciertos requisitos o formalidades, confirmando un derecho, permitiendo su ejercicio o creando, bien a solicitud de un particular, por oferta administrativa.

Bielsa define la concesión de servicios públicos como, un acto administrativo por el cual se atribuye a una persona, con el fin de que ésta realice el servicio público, una determinada actividad de la Administración pública. En esta actividad consiste precisamente el servicio público. De esto se sigue:

1-Que la Administración concedente atribuye a otra persona (física o jurídica) el concesionario, la prestación de un servicio público (actividad originariamente pública).

2-Que el concesionario, a diferencia del funcionario, o del órgano o ente administrativo autárquico cuando ejerce también parte de la actividad administrativa, no actúa en nombre del Estado, sino en nombre propio y por cuenta propia.⁴

El término de concesión puede tener varios significados:

- a) El acto administrativo discrecional por medio del cual la autoridad administrativa faculta a un particular:
 - Para utilizar bienes del Estado, dentro de los límites y condiciones que señale la Ley.
 - Para establecer explotar un servicio público, también dentro de los límites y condiciones que señale la Ley.
- b) El procedimiento a través del cual se otorga la concesión, o a través del que se regula la utilización de la misma, aún frente a los usuarios.
- c) Puede entenderse también por concesión, el documento formal, que contiene el acto administrativo en el que se otorga la concesión.⁵

⁴ Bielsa, Rafael. Compendio de Derecho Administrativo. 2ª. Ed.1957. pág.59.

⁵ Gimeno Sendra, Vicente et al. Derecho procesal Administrativo. 2001. pág. 922.

Según el autor Jorge Olivera Toro, la concesión, como institución de Derecho administrativo y generalmente aplicada, es el acto jurídico que tiene un determinado contenido: “Otorgar a un particular un poder jurídico sobre una manifestación de la Administración pública. Es un acto constitutivo de un derecho subjetivo público”, su finalidad es otorgar el ejercicio de determinada actividad dentro de normas especiales o su poder sobre algunas cosas públicas. El particular adquiere un derecho o un poder de obrar derivado del Estado, quien se lo confiere.⁶

Para *Capitant*, además de las concesiones de Servicio público, existen las de dominio público. En las primeras, la Administración confiere a un particular la misión de realizar, en su lugar, una cierta tarea, de realizar una cierta actividad. En el segundo caso, ella otorga a un particular un derecho de ocupación, de disfrute más o menos extenso, sobre una porción de dominio.

Por sus efectos, la concesión es, según *Zanobini*, un acto discrecional de la Administración, con el que ésta “viene a crear en una persona un derecho nuevo”, en una de estas dos formas: bien, la que denomina traslativa, cuando se transfieren al particular ciertos poderes propios; o bien la que llama constitutiva, cuando el derecho concedido no tiene existencia previa, ni precedente alguno en el ente público. En ambos casos, concluye, hay creación de un derecho a favor del concesionario.⁷

3. DIFERENCIAS ENTRE CONCESIÓN Y OTRAS FIGURAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

A la concesión administrativa se le ha presentado con caracteres imprecisos, por lo que la práctica y la doctrina sufrieron en esta materia, como dice Olivera

⁶ Olivera Toro, Jorge. Manual de Derecho Administrativo. 3ª. Ed. Editorial Porrúa. (México). 1972. Pág. 236.

⁷ Citado por Lancís y Sánchez, Antonio. Derecho Administrativo. 3ª. Ed. 1952. pág. 457.

Toro, “una verdadera anarquía terminológica”⁸. A esta imprecisión ha contribuido el hecho de que en la legislación nicaragüense y aún en las resoluciones administrativas locales se hace referencia a la concesión, tanto para denominar actos del Poder público que carecen totalmente de similitud con las figuras jurídicas de referencia, tal es el caso de: contratos administrativos, autorizaciones, permisos, licencias, delegación administrativa y otras figuras a fines.

Pese a estas imprecisiones, existen en nuestro sistema Jurídico evidencias de que los legisladores han pretendido hacer diferencias entre estos tipos de actuaciones de la Administración, al señalar en algunas leyes diferentes categorías y procedimientos para cada una, tal es el caso por ejemplo del artículo 65 del Reglamento a la Ley 387, Ley sobre Exploración y Explotación de Minas, el cual dispone que la DGRN tendrá a su cargo los siguientes libros de Registros individuales:

- Un libro de registro de concesiones Mineras.
- Un libro de Registro de Licencias Especiales de pequeños mineros.
- Un libro de permisos Especiales de mineros Artesanales.

3.1. Diferencia entre concesión y contratos administrativos:

- Las concesiones están reguladas, en su parte general, unilateralmente por la ley, y se otorgan por la Administración a un particular; en cambio, los contratos están regidos bilateralmente (al menos en su aspecto formal), por las cláusulas del pacto, es decir, hay estipulaciones entre la Administración y los particulares.
- En los contratos llamados administrativos la iniciativa parte de la Administración y en las concesiones, generalmente son a iniciativa particular; existe en el ordenamiento jurídico

⁸ Olivera Toro, Jorge. Ob. Cit. Pág. 234.

nicaragüense la posibilidad de que sea la misma Administración quien convoque a Licitación pública a los interesados en obtener una concesión.

- En la concesión de obra pública,⁹ el particular hace suyos los productos o utilidades de la explotación, tanto de los bienes como de la prestación de los servicios concedidos. A este respecto, el Reglamento de la Ley de Concesión de Obras Viales a Sociedades Privadas o Mixtas, Decreto número 61 – 97, publicado en la Gaceta número 227 del 27 de noviembre de 1997, aclara en su Arto. 2 que para fines de este reglamento por concesión debe entenderse: “Contrato mediante el cual el ente regulador concede a un particular el derecho para la construcción, mantenimiento, rehabilitación, mejoramiento, reconstrucción y/o **explotación** de obras viales y de las instalaciones conexas, a cambio de percibir un pago determinado por peaje de los usuarios por el servicio brindado”...En el contrato de obra pública (figura que linda con la concesión), el contratista se limita a realizar la obra, terminada ésta pasa a la Administración quien la explota, es decir, sólo se concreta a realizar los trabajos estipulados en el contrato.¹⁰ De igual forma la Ley de Contrataciones del Estado, Ley número 323, publicada en la Gaceta número: 001 y 002 del 3 y 4 de enero del 2000, señala en su Arto. 58: “Se considerarán obras del sector público, todos los trabajos de ingeniería y/o arquitectura, diseño de construcción, reforma o ampliación que se realicen directa o indirectamente, parcial o totalmente con fondos del Estado o financiamiento

⁹ Para Dromi existen dos elementos fundamentales que integran el contrato de concesión de obra pública: a)- La construcción de la obra por una empresa a su cuenta y riesgo; b)-La financiación de la misma corre directamente a cargo de los usuarios mediante el pago de una suma de dinero, llamada corrientemente peaje (Dromi, José Roberto, Instituciones de Derecho Administrativo, pág. 413).

¹⁰ La doctrina considera la “Obra Pública” todo trabajo o construcción sobre bienes muebles, inmuebles o servicio de industria, que se ejecutan con un fin de utilidad general, sea por el Estado directamente, sea por un particular. Dromi, Ob. cit. Pág.410.

externo. Quedan comprendidos: (...) La construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de los Bienes inmuebles **destinados a un servicio público o al uso común**

3.2. Diferencia entre concesiones y autorizaciones.

Existe autorización cuando la Administración consiente al particular el ejercicio de un derecho, levantando la prohibición o límite que lo impediría.

En general, la autorización tiene tres fines:

1. Tolerar un acto que sin ella, sería ilícito.
2. Consentir un hecho que de hacerse sin la misma sería nulo.
3. Permitir el uso singular de un bien del dominio público, o el disfrute de un servicio público cuando la Administración tuviere la facultad de otorgar tales ventajas a alguna persona o entidad. En este último aspecto es en el que la autorización suele confundirse con la concesión.

Dentro de las diferencias que más sobresalen podemos señalar:

- El particular, en casos de autorización no siempre queda obligado a ejecutar lo interesado, por el contrario en la concesión si bien se crean derechos para el concesionario, se le fijan, al mismo tiempo, obligaciones específicas y determinadas.
- La autorización se reduce a permitir el ejercicio de un derecho preexistente, en cambio la concesión crea en beneficio del concesionario un derecho de que antes carecía.
- Por sus efectos se distinguen, en que el acto administrativo de autorización actualiza un derecho existente en potencia, y se limita a certificar un hecho o una condición especial de la que derivan ciertas ventajas en el ejercicio de sus derechos, en cambio en la concesión, los particulares en algunos casos usan o aprovechan bienes del dominio directo de la nación y en otros se le faculta para la prestación de un servicio público, por lo que adquieren un

derecho sobre un bien u obtienen una facultad que no estaba dentro de su patrimonio.

3.3. Diferencia entre concesión y Permiso.

Permiso es la autorización concedida por la autoridad para ocupar temporalmente un bien público en beneficio del permisionario. La concesión también es una autorización otorgada a un particular para ocupar temporalmente un bien público, pero confiriéndole ciertos derechos sobre el bien concedido, **de carácter contractual**, en beneficio tanto del público como del particular.

Para un sector importante de la Doctrina mexicana, las principales diferencias entre ambas son las siguientes:

- El fin inmediato: en el permiso prima el interés general, se otorgan en interés exclusivo del permisionario; la concesión por el contrario, se otorga mirando tanto a la satisfacción de un servicio público como la justa recompensa del concesionario que lo presta.
- La naturaleza jurídica: el permiso se otorga con un fin de interés particular, no da derecho alguno al permisionario, *depende de una simple tolerancia*, es un acto puramente administrativo, esencialmente revocable, sin que de derecho a indemnización; por el contrario, si bien la concesión es temporal y revocable, sin embargo, teniéndose en su otorgamiento como mira al servicio público y el interés recíproco de un particular, el acto por el que se otorga la concesión es administrativo, pero tiene en sus prestaciones económicas, una parte contractual; su revocación da derecho a indemnización. En la legislación nicaragüense, este carácter contractual no solamente se observa en las prestaciones económicas, si no que, desde su nacimiento, aspecto sobre el que profundizaremos en el Capítulo III del presente trabajo.

3.4. Diferencia entre concesión y delegación administrativa.

La delegación administrativa es el acto procesal por el cual el órgano superior traslada su competencia normal a un inferior, en línea y en grado, en un determinado asunto.

Esta lleva una doble responsabilidad:

1) Aquel en el que el poder se delega resulta responsable ante el superior de la ejecución de la tarea, pero el superior sigue siendo el responsable del resultado de ésta. Es un instituto excepcional dentro del orden jurídico, por lo que se requiere una norma expresa para su procedencia.

2) Los titulares de la competencia no pueden disponer de ésta como un derecho propio, pues ella no constituye un derecho subjetivo, sino una obligación del órgano al que le fue conferida.

A diferencia de la delegación administrativa, en la concesión, no existe jerarquía entre los sujetos de la misma, lo que se presenta es una relación de colaboración, en tanto que el concesionario no adquiere la calidad de funcionario público, si bien la autoridad otorgante ejerce un control sobre el funcionamiento del servicio, éste no tiene el carácter de un control jerárquico incondicional.

4. ELEMENTOS DE LA CONCESIÓN.

Atendiendo al hecho de que toda concesión se otorga para asegurar la prestación de un Servicio Público o la explotación de un Recurso Natural, el Estado debe fijar al concesionario ciertas condiciones que le permitan obtener la seguridad de que aquélla ha de llenar su objeto.

4.1. Elementos Generales: Desde el punto de vista de la concesión como un contrato, ésta debe contener en general lo siguiente:

- a) La fijación del término en que deben comenzarse y finalizarse los trabajos, es esencial en todo contrato de concesión, dando lugar su incumplimiento, en el primer caso, a la caducidad de ésta, y en el segundo, entre otros efectos, a la indemnización procedente, garantizada por la fianza.
- b) Las condiciones técnicas, las que deben formularse en el pliego de condiciones de cada obra o servicio, en especial, y comprende la declaración sobre la calidad de los materiales, el plan de ejecución y otros extremos análogos.
- c) Las condiciones económicas, se refieren a la forma de pago de los Servicios prestados, debiendo preverse todo lo relativo a las indemnizaciones procedentes, en los casos de incumplimiento.

4.2. Elementos Esenciales:

- a) Los sujetos: uno, al menos, de derecho público (el Estado); el otro puede ser privado (persona natural o jurídica) o público, por ejemplo ENEL, la cual es una empresa estatal concesionaria para distribución de electricidad en algunos municipios.
- b) Objeto de interés público (Recurso Natural o Servicio Público concedido).
- c) Causa de interés público :
 - Insuficiencia económica del Estado para satisfacer el interés público.
 - Mejoramiento de los Servicios.
 - Cualquier otra de interés público.

- d) **Tarifas:** se considera elemento esencial, para el caso de las concesiones de servicios públicos, ya que representa el precio cierto y determinado que el usuario debe pagar por el servicio que utiliza. El usuario es el que las paga, pero es el poder concedente el que las determina, las estudia y las fija, con intervención del concesionario.

4.3. Elementos subjetivos:

- a) **Autoridad concedente:** puede ser la Administración pública Estatal o Municipal.
- b) **El concesionario:** es la persona física o jurídica a quien se otorga y que es el titular de la concesión.
- c) **Los Usuarios:** únicamente en el supuesto de la concesión de servicio público, ya que en la utilización de los bienes del Estado éste no existe.

5. REQUISITOS DE LA CONCESIÓN.

Tomando en consideración que en Nicaragua, la mayoría de las concesiones se otorgan mediante un documento contractual, señalamos los siguientes requisitos mínimos para ello:

1. Competencia para contratar:

De acuerdo con la regla general, la competencia para contratar está determinada por la ley. La competencia es la aptitud legal para decidir y obligar dentro de una determinada esfera de atribuciones.

El concepto de competencia es de derecho público y equivale al de capacidad en derecho privado. Es necesario considerar no sólo la competencia (o

capacidad) de la entidad estatal, sino también la de los órganos o agentes de esa entidad; el poder Legislativo es en principio, quien crea el marco legal por el que se regirá la concesión y el poder ejecutivo quien formaliza el contrato y lo ejecuta.

2. Forma:

En los contratos y actos administrativos rigen las formas establecidas por el Derecho Público (Leyes, reglamentos, decretos) y más específicamente por el Derecho Administrativo; estos requisitos de forma pueden resultar esenciales, substanciales y/o integrales, para el otorgamiento según sea el caso:

a) *Autorización y aprobación:* Los contratos administrativos deben ser precedidos , en general , de una autorización expresa y especial , pero se debe diferenciar la autorización para formalizar el contrato, del contrato mismo, aunque la autorización es en general requisito de forma si se trata de controlar, puede también ser de fondo (capacidad).

Los contratos administrativos tienen forma instrumental, no importa que no sea escritura pública, basta que sea un instrumento público con las solemnidades y requisitos propios de todo acto administrativo (firma del funcionario competente para suscribir el contrato, en general del ministro, o del presidente de un directorio si se trata de una entidad autárquica).

La aprobación, no es propiamente requisito de forma; sino un acto esencial de manifestación de voluntad.

b) *Licitación.* La licitación es un requisito legal respecto de los contratos administrativos, instituido por motivos de conveniencia y de moralidad administrativa. La falta de licitación, si ella ha sido impuesta por la ley, determina la nulidad del acto. Se trata de una *nulidad virtual* (va implícita), es decir, que no

es necesario que la norma contenga esa sanción. En derecho público las nulidades son virtuales.

c) *Forma escrita y solemne.* Además de la autorización, aunque ésta contenga expresamente todas las cláusulas del contrato, y éste sea mera transcripción de aquélla, es necesario el acto formal y especial del acto mismo.

6. CARACTERÍSTICAS DE LA CONCESIÓN.

- *Constitutiva:* Con ella nacen y se generan los derechos del concesionario; característica ésta que la distingue del régimen de permisos, licencias y autorizaciones, en el que el particular tiene derechos previos que han sido sometidos a limitaciones o modalidades por razones de salubridad, seguridad y orden público y que sujetan al particular al cumplimiento de una serie de requisitos, que una vez satisfechos le permiten realizar esa actividad.
- *De carácter Aleatorio:* Por cuanto el concesionario, al contraer los derechos y obligaciones que implica la concesión, ha aceptado un cierto riesgo, y el Estado no le garantiza que conseguirá los beneficios que sin duda, espera lograr.

En síntesis, como afirma Vedel,¹¹ la concesión es una operación de carácter operativo. El concesionario se lanza a grandes trabajos que exigen inversiones. El servicio va a funcionar con probabilidades de éxito que ignora.

- *Régimen jurídico especial.* El régimen de las concesiones es de Derecho público¹². De acuerdo con la Doctrina y con nuestro ordenamiento jurídico vigente, las concesiones deben otorgarse bajo una ley especial, así lo señala el artículo 4 de la Ley de Disposición de Bienes del Estado y Entes

¹¹ Vedel, Georges. Ob. cit. pág. 711.

¹² Gimeno Sendra, Vicente et al. Ob. cit. pág. 929.

Reguladores de los Servicios Públicos, Ley número 169, publicada en al Gaceta número 103 del 3 de junio de 1994: “cualquier disposición que incorpore a particulares en la operación y ampliación de los servicios públicos mencionados, así como la adjudicación de activos en las concesiones para explotación de los recursos naturales , deberá hacerse de acuerdo a las disposiciones de la Ley creadora del ente regulador respectiva y del **régimen legal especial** que hubiere sobre esa área de Servicio Público o Recurso Natural.”

Según Olivera Toro¹³ el régimen de los servicios públicos deben comprender:

- a- La modificación en todo instante del servicio público;
- b- El personal está sometido al régimen legal del servicio;
- c- Los fondos son públicos;
- d- Las obras, son obras públicas;
- e- Los actos jurídicos, son actos administrativos;
- f- El servicio satisface una necesidad pública sin ánimo de lucro;
- g- El servicio está a la orden de quien quiera servirse de él;
- h- Ante el servicio, todos son iguales en aplicación de tarifas, condiciones, etc....

- *De carácter temporal:* tanto las de servicios públicos, como de recursos Naturales se conceden por un tiempo determinado, tomando en consideración el tiempo en que el concesionario pueda recuperar su inversión; existe la posibilidad de que este tiempo sea prorrogable.

La temporalidad produce además un derecho real de goce, temporal, revocable y reversible, por lo cual son compatibles con la noción del dominio público, y el titular ostenta un derecho análogo a la enfiteusis¹⁴ y aunque su situación sea la de precario, es necesario observar:

¹³ Olivera Toro, Jorge. Ob. cit pág. 65.

¹⁴ Según el Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas de Torres, edición 1997, es un contrato y derecho real consistente en la cesión perpetua, o por largo tiempo, del dominio útil de un predio rústico o

- a) la revocación administrativa debe motivarse, no puede ser arbitraria.
- b) La administración puede obligarse a no rescatar en un cierto número de años.
- c) La concesión es precaria frente a la Administración, pero no frente a los terceros.
- d) La concesión ha de dejar a salvo los derechos de los terceros.

La concesión es, por su misma naturaleza, de un carácter temporal, ya se trate de las concesiones para aprovechamiento de bienes del Estado, o bien de las de Servicio público, salvo casos excepcionales se conceden por tiempo determinado.

El principio fundamental que domina la fijación de un término de duración de las concesiones, sobre todo las de servicio público, es el de que durante su vigencia pueda el concesionario no sólo obtener una utilidad razonable sobre sus inversiones, sino también recuperar el importe de éstas por medio de las cuotas que los usuarios paguen por el servicio.

- *Es de buena fe.* La concesión es un contrato de buena fe, y en consecuencia las soluciones de equidad le son aplicables. Al respecto la Ley de disposición de bienes del Estado y entes reguladores de los servicios públicos, en su artículo 8 establece: “los actos de enajenación o gravamen efectuados al amparo de la presente Ley, se presumen realizados en forma pública y de buena fe, (...)”

La Buena Fe, se encuentra implícita en el actuar de la Administración, por lo que en ningún caso, cuando ésta celebre contratos, dicte reglamentos, u otros

urbano, mediante el pago de un canon, censo, pensión o rédito anual que se abona al cedente, el cual conserva el dominio directo.

actos dentro de su competencia, lo hace con la intención de lesionar el interés de los administrados, y si esto acontece, queda a salvo el derecho a hacer uso de la *indemnización*. En este sentido el Arto. 131. 2 Cn. dispone lo siguiente: “El Estado, de conformidad con la Ley, será responsable patrimonialmente de los bienes que, como consecuencia de las acciones u omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, sufran los particulares en sus bienes, derechos e intereses, salvo los casos de fuerza mayor”. Tal circunstancia nos lleva a la conclusión de que, la buena fe ofrece seguridad tanto para la Administración como para los administrados. Esta seguridad se manifiesta para la primera en cuanto a que sus actos, aún lesionando de forma involuntaria derechos de terceros, no por ello se anulan, sino quedan firmes, ya que fueron dictados cumpliendo los requisitos de ley además del fin perseguido, satisfacer el interés público. En tanto, para los administrados esta seguridad abarca solamente el derecho a recibir la correspondiente indemnización en base al daño causado.

- ***Deben ser motivadas:*** el motivo que justifica la concesión o fundamento que debe primar en la decisión de otorgar un Servicio Público o un Recurso Natural a los particulares es el interés público, en tanto que este particular elegido por la Administración Pública para ejercer dicha actividad, deberá cumplir con los requisitos que garanticen la correcta ejecución de la misma, en las condiciones que lo haría la Administración.

Así el Estado no actúa en vista del interés del concesionario, sino por el interés colectivo; el derecho que otorga una concesión no está establecido en interés del beneficiario, sino por la importancia que para la vida económica del país reviste la explotación de bienes o de servicios públicos.

7. CLASIFICACIÓN DE LA CONCESIÓN:

7.1 Según la Doctrina.

Para el español José Antonio García Trevijano-Fos,¹⁵ una clasificación general de las concesiones la encontramos en Vitta, quien las agrupa de la siguiente manera:

1. *Las que otorgan un status*, es decir, que dan lugar a una capacidad jurídica general que puede hacerse valer *erga omnes*, incluido el concedente. Por ejemplo, los casos de las sociedades mercantiles, las cuales adquieren la personalidad una vez inscritas, es decir, la firma del registrador al pie del correspondiente asiento, es el acto administrativo que lo hace brotar. Dicho acto es una comprobación no discrecional que lleva a cabo el funcionario al *calificar* las circunstancias fácticas y jurídicas previas al asiento.

2. *Las que otorgan derechos subjetivos*, entre ellas, la concesión de medallas, premios, pensiones de gracia, títulos honoris causa, etc. Cabe incluir en este grupo, las que otorgan el derecho a ejercer cierta actividad profesional como la notarial. El Estado toma las garantías oportunas para ofrecer al administrado la competencia profesional, que es a lo único a que se compromete.

3. *Las que otorgan al administrado el ejercicio de un servicio público*. La concesión está postulando que “algo” perteneciente a la Administración se cede de alguna forma al administrado, es decir, ha de tratarse de una actividad bien sea función, bien servicio público, que pertenece a aquéllas.

Si se trata de las funciones, no hay duda de que pertenecen a los entes públicos e incluso en ocasiones se prohíbe su concesión. Pero si se trata de servicios públicos, será preciso “administrativizarlos”, mediante la *publicatio*, lo que comporta un monopolio de *iure* en manos de la Administración.

¹⁵ García Trevijano-Fos, José Antonio. Los Actos Administrativos. 2ª Ed. 1991. Pág. 238 y SS.

La concesión en sus dos versiones, de servicios públicos y demaniales (Recursos Naturales), puede dar lugar a actos administrativos enlazados o ligados, pudiendo hablarse de filiación de concesiones.

Hoy día, cabe reconocer varios tipos de interconexión entre concesión demanial y de servicio público:

- a) Concesión de servicios con otra, u otras, demaniales subordinadas.
- b) Concesiones demaniales con otra de servicio subordinada.
- c) Concesiones demaniales subordinadas u otras demaniales de mayor importancia.
- d) Concesión demanial pura.

Roberto Báez Martínez ¹⁶ distingue tres clases de concesiones:

1. De servicios públicos.
2. Para la explotación de bienes de la Federación, en los cuales se incluyen: la concesión minera, de aguas, radio y televisión, la forestal, etc.
3. Otros tipos especiales de concesión, como las registradas, las ganaderas, etc.

Según, Garrido Falla¹⁷, podemos distinguir dos clases de concesiones:

1. Concesiones traslativas, que implican la subrogación del particular en las facultades de gestión o disfrute de que la Administración pública es titular en relación con el servicio público o el dominio público, concesión de Servicios públicos y concesiones sobre el dominio público.

¹⁶ Báez Martínez, Roberto. Manual de Derecho Administrativo. Editorial Trillas. 2a. Edición. (México) 1997. Pág.320.

¹⁷ Citado por Báez Martínez, Roberto. *Ibidem*.

2. Concesiones constitutivas, mediante las que con base en los poderes atribuidos por la Ley, la Administración constituye nuevos derechos o facultades a favor de los particulares.

El mismo autor comenta, que no obstante lo generalizado de tal clasificación, sólo las concesiones traslativas responden en todo rigor a las exigencias del concepto.

Una forma bastante práctica de clasificar a las concesiones es la siguiente:

- Por el sujeto concedente: estatales y locales.
- Por el sujeto concesionario: concesiones a particulares y concesiones a otro ente público; en el caso de Nicaragua, existen también concesiones a sociedades mixtas.
- Por el objeto de la concesión: de Servicio Público, de Obras Públicas y de Recursos Naturales.
- Por el régimen financiero: a título oneroso, subvencionadas por el Estado y a título gratuito.

7.2 Según el ordenamiento jurídico nicaragüense.

Precisar una clasificación de las concesiones en nuestro ordenamiento jurídico es una tarea un tanto complicada, debido a que nuestros legisladores no la han establecido de forma categórica o al menos determinante, por lo que procuraremos deducirla de las leyes estudiadas, referidas al otorgamiento de las concesiones y todo lo relacionado con los bienes del Estado; de ahí que, de lo establecido en el Arto. 4. de la Ley No. 169, Ley de Disposición de Bienes del Estado y Entes Reguladores de los Servicios Públicos, se deduce que en nuestro ordenamiento jurídico la concesión se puede clasificar en:

1. Concesiones para la explotación de los Recursos Naturales.
2. Concesión de Servicio Público.

De ahí, que existan en nuestro ordenamiento una serie de leyes con sus correspondientes reglamentos para el uso, exploración y explotación de los Recursos Naturales, como para el aprovechamiento de los diferentes servicios públicos. Es por ello que proponemos el Arto. 4 de la Ley ya señalada como uno de los primordiales para intentar establecerla, o al menos hacer una separación clara entre ellas, ya que existen procedimientos específicos para el otorgamiento de dichas concesiones, según el objeto de las mismas.

No obstante, el artículo 12 de la Ley No. 264, Ley de Concesión de Obras Viales a Sociedades privadas o mixtas publicada en la Gaceta número 187 del 2 de octubre de 1997, establece una modalidad de concesiones en cuanto a la forma de su otorgamiento, según el cual puede ser:

1. A título oneroso.
2. Subvencionada por el Estado.
3. Gratuita.

La misma ley, en el Arto. Siguiente (Arto. 13), establece los elementos que deberá tomar en consideración el ente regulador para decidir la categoría que le dará dentro de la clasificación ya señalada.

El Régimen jurídico de las concesiones, por el grado de importancia que reviste para el desarrollo del país, por cuanto se trata de los principales servicios públicos y de los Recursos Naturales del mismo, encuentra su base en nuestra Carta Magna, la que señala en el Arto. 102Cn.: “(...). La preservación, del ambiente y la conservación, desarrollo, y explotación racional de los Recursos Naturales corresponden al Estado; **éste podrá celebrar contratos** de explotación racional de estos recursos, cuando el interés nacional lo requiera”.

En igual sentido el Arto. 105Cn. establece el régimen jurídico especial por el cual se deben regir las concesiones, ya que se da una ley para cada caso, según se trate de alguno de las dos clases de concesiones legalmente reconocidas y ya relacionadas anteriormente.

El Servicio Público es tan solo, una parte de la actividad estatal, se ha caracterizado como una actividad creada con el fin de dar satisfacción a una necesidad de interés general, que de otro modo quedaría insatisfecha o insuficientemente satisfecha; lo que distingue al servicio público es que la satisfacción general constituye el fin exclusivo de su creación.

Dentro de la Doctrina no se encuentra un criterio único para definir al Servicio Público. En sentido, general se define el Servicio público como “la actividad organizada que se realiza conforme a las disposiciones legales o reglamentarias vigentes en un ordenamiento jurídico, con el fin de satisfacer en forma continua, uniforme y regular necesidades de carácter colectivo”¹⁸.

La doctrina también ha considerado como principios esenciales comunes a todos los servicios, el de su continuidad en razón de la permanencia de la necesidad que se pretende satisfacer; el de adaptación, o sea la posibilidad de modificarlo a medida que vaya variando dicha necesidad y el de igualdad que significa que no debe discriminarse el goce del servicio a ningún particular que llene las condiciones legales.

Observamos en nuestra legislación, la utilización de principios particulares para cada concesión de servicio público, en dependencia del objeto de cada una; tal es el caso por ejemplo de la ley de Industria Eléctrica, ley número 272, que en su artículo 2 dispone: “las actividades de la industria eléctrica se ajustarán a las siguientes reglas:

1. Seguridad, continuidad y calidad en la prestación del servicio eléctrico.
2. Eficiencia en la asignación de los recursos energéticos, con el fin de obtener con el menor costo económico la prestación del servicio eléctrico.
3. Promoción de la efectiva competencia y atracción del capital privado, con el fin de incentivar su participación en la industria eléctrica.
4. Protección de los derechos de los clientes y el cumplimiento de sus deberes.

¹⁸ Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. Ed. Porrúa. 1990. Pág.243.

5. Eficiencia en el uso de la electricidad por parte de los clientes y agentes económicos.
6. Prestación del servicio con estricto apego a las disposiciones relativas a la protección y conservación del Medio Ambiente y de seguridad ocupacional e industrial.
7. Expansión de la capacidad de generación de energía y del servicio eléctrico”.

Nuestra legislación, dentro de los principios que rigen las concesiones de Servicio público incluye los siguientes: **conveniencia nacional, legalidad, generalidad, continuidad, eficiencia, adaptabilidad y justa retribución**, así lo establece el artículo 8 de la Ley de Concesiones de obras viales a Sociedades privadas o mixtas, Ley número 264, el cual dice textualmente: “ La explotación del bien objeto de la concesión se entenderá siempre en beneficio del interés público, este propósito se cumplirá con la prestación del servicio público, de acuerdo con los siguientes principios: ...”.

La doctrina jurídica siempre ha clasificado los servicios públicos de acuerdo a diversos criterios, pero quizá los más importantes son:

- 1) Los que los dividen por la forma como satisfacen las necesidades generales.
- 2) Los que los separan por la forma de gestión de los mismos.

Desde el primer punto de vista, se distinguen:

- Servicios Públicos Nacionales, es decir destinados a satisfacer necesidades de toda la Nación sin que los particulares obtengan individualmente una prestación de ellos.
- Servicios Públicos que sólo de manera indirecta procuran a los particulares ventajas personales.
- Servicios que tienen por fin satisfacer directamente a los particulares por medio de prestaciones individualizadas.

Desde el segundo punto de vista, es decir de las formas de gestión de los Servicios Públicos se separan aquellos que son manejados directamente, y en algunos casos, como monopolios por el Estado o por organismos estatales, de los

que se explotan por medio de concesión otorgadas a individuos o empresas particulares.

En cuanto a la Concesión de Recursos Naturales: no encontramos en nuestra legislación una definición precisa para ella. Según la Doctrina Mexicana, es el acto del Poder Público que faculta a los particulares la explotación de bienes de dominio directo o de propiedad de la nación, por cuenta del concesionario y haciendo suyos los productos que extraiga.

Entre las concesiones de bienes nacionales o Recursos Naturales y las concesiones de servicios públicos existen por una parte diferencias y por otra identidad. La diferencia estriba en que en la concesión para la explotación de bienes de la nación sólo producen relaciones entre el Estado y el concesionario y no existe prestación a favor del público; el concesionario se limita a aprovechar los productos de la riqueza nacional, es decir, los productos de la explotación para la que obtuvo la concesión con las restricciones y obligaciones que le imponen las leyes relativas.

En la concesión de servicios públicos no sólo se producen relaciones entre el Estado y el concesionario, sino que también con el usuario del servicio siendo éste un tercer elemento, frente a los cuales el concesionario se obliga a la prestación regular, continua y uniforme del servicio, dicha prestación tiene carácter remuneratorio para compensar la inversión del capital. En estos casos, el móvil del concesionario es un fin utilitario y el de la administración el bienestar colectivo.

8. PRINCIPIOS QUE RIGEN A LAS CONCESIONES

1. *Principio de capacidad del concesionario.* Se manifiesta en dependencia del régimen jurídico de cada Estado, el cual puede ser más o menos restringido.

Hay Estados que no señalan ningún límite de capacidad a los concesionarios, otros establecen un mínimo de requisitos: el concesionario puede ser nacional o

extranjero, la concesión puede ser contrato (acto, etc.). En el caso de Nicaragua, la legislación vigente, generalmente la aborda y determina como un contrato, por ejemplo, concesiones de obras viales, distribución de energía eléctrica, concesión de instalaciones públicas (artos. 128 al 130 del Reglamento a la Ley de contrataciones del Estado, decreto número 21 – 2000, publicado en la Gaceta número 46 del 6 de marzo del 2000).

Encontramos expresamente en nuestra legislación, en el artículo 15 de la Ley General Sobre Explotación de Las Riquezas Naturales, decreto número 326, publicado en la Gaceta número 83 del 17 de Abril de 1958, las condiciones mínimas que debe reunir el concesionario para tener capacidad, al disponer lo siguiente: “ Toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, capaz civilmente de adquirir derechos y contraer obligaciones que no tenga prohibición expresa o incapacidad especial declarada por la Ley, podrá solicitar adquirir los permisos, licencias y **concesiones**, con sólo que se sujete a los preceptos de esta ley y a los especiales que la completen y siempre *que demuestre tener capacidad técnica y financiera suficiente* para iniciar y llevar a término los trabajos correspondientes.”

Existen en nuestro ordenamiento jurídico una serie de limitaciones y/o prohibiciones a las actividades sujetas a concesiones:

a) La primera limitación la encontramos en nuestra Constitución política en su Arto. 105 párrafo segundo, en el que establece que los Servicios de educación, salud y bienestar social, son deberes indeclinables del Estado, que está obligado a prestarlos sin exclusiones, a mejorarlos y ampliarlos.

b) Asimismo encontramos una segunda prohibición en el Arto.130 Cn párrafo tercero, que establece: “los funcionarios públicos de cualquier poder del Estado, elegidos directa e indirectamente, los ministros y vice-ministros del Estado, los presidentes o directores de Entes autónomos y gubernamentales y los embajadores de Nicaragua en el exterior, no pueden obtener concesión alguna

del Estado. Tampoco podrán actuar como apoderados o gestores de Empresa Públicas o Privadas, Nacionales o extranjeras, en contrataciones de éstas con el Estado. La violación de esta disposición anula las concesiones o ventajas obtenidas y causa la pérdida de la representación y el cargo”.

Esta prohibición la consagra también la Ley de contrataciones del Estado en sus artículos 12 y 13.

Una prohibición similar a la anterior la encontramos en el artículo 24 de la Ley Especial sobre Exploración y Explotación de Minas, que dice: “ No podrán, ni directa ni indirectamente, ni por interpósita persona, adquirir las concesiones mineras, además de los funcionarios señalados en el artículo 130 párrafo tercero de la Constitución política, aquellos funcionarios que lleven anexa jurisdicción en la materia objeto de esta Ley, sus cónyuges y parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad .”

c) El artículo 16 de la Ley General Sobre Explotación de las Riquezas Naturales agrega a estas prohibiciones: “... no podrán podrían adquirir o poseer licencias y concesiones:

- Los gobiernos o Estados extranjeros.
- Las siguientes personas:
 - ✓ Quienes se encontraren en mora con el fisco y los que hubiesen administrado fondos públicos, mientras no hubiesen finiquitado sus cuentas.”

1.1. Capacidad técnica del concesionario: puede apreciarse en dos aspectos:

a) *personal*: el concesionario debe reunir ciertos requisitos mínimos de capacitación técnica, ya sea en lo particular, o mediante el

personal que contrate para desarrollar la actividad concedida, especialmente si se trata de servicio público. Por ejemplo: El formato de solicitud de concesión de Distribución de Electricidad que debe llenar todo interesado incluye información necesaria para evaluar este aspecto, así señala el anexo de equipamiento en el inciso: “a) Documentación de la Empresa que acredite que cuenta con capacidad técnica y experiencia en el tipo de actividad involucrada” (Arto. 76 del Reglamento de la Ley de la Industria Eléctrica).

b) *material*: los medios necesarios para prestar la concesión consiste en el conjunto de elementos materiales, especialmente de equipo, necesarios para realizar esa actividad. Así tenemos por ejemplo en la concesión minera, las instalaciones de extracción.

1.2. Capacidad financiera: Es también otro requisito que generalmente se exige al concesionario y consiste en que éste debe tener el capital necesario que le permita contratar al personal que va a prestar el servicio, el que va a dedicar a la explotación de los bienes del Estado, y adquirir el equipo, y los bienes que también se destinarán a este efecto. Hay casos en que las leyes exigen al solicitante de una concesión la constitución de depósitos en efectivos, o el otorgamiento de garantías para asegurar la capacidad técnica y financiera del solicitante.

2. Principio de reversión: Es el acto que tiene por objeto hacer que pasen a la propiedad del Estado todos los bienes afectos a la explotación de la concesión (instalaciones y obras). Consiste en que una vez transcurrido el plazo de la concesión, los bienes afectos ya sea al servicio público o a la explotación de bienes del Estado, pasan a ser propiedad de éste sin necesidad de contraprestación alguna.

El derecho del Estado a la reversión administrativa está implícitamente contenido en la naturaleza misma de la concesión. Se estima como una justa

imposición correlativa o complementaria del derecho de explotación de los bienes o servicios de que goza el titular de la concesión, quien habiendo obtenido una utilidad razonable no tiene por qué reclamar los bienes físicos afectos a la concesión; por esta razón es un principio admitido casi universalmente, el de que a la expiración de dicho plazo, el Estado pasa a ser propietario de todas las instalaciones y obras efectuadas, en virtud del principio de reversión.

Este principio lo encontramos regulado en el artículo 15 del reglamento a la concesión de obras viales a sociedades privadas o mixtas, el cual dispone lo siguiente: “una vez vencido el plazo de la concesión, la obra objeto de la misma retornará al Estado”.

La reversión a los bienes de la concesión tiene como razón la de asegurar la continuidad del servicio o la explotación de los bienes, ya sea a favor de la propia Administración (directa) o de un nuevo concesionario en su caso.

3. *Principio de Inalienabilidad.* Las cosas públicas no son susceptibles de posesión, ni de tenencia no reglada por la ley; ellas están jurídicamente sustraídas del comercio ordinario del derecho privado.

La Inalienabilidad de la cosa no importa una absoluta indisponibilidad. Si bien las cosas que constituyen el dominio público son inalienables se pueden tener sobre ellas un uso especial diferencial, por medio de la concesión.

4. *Principio de Revisión tarifaria.* Este principio fundamenta a las reglas de las variaciones que pueden presentar los costos de las tarifas. La revisión es un principio de mutabilidad y cambio de las tarifas cuando se alteran los costos o el signo monetario. Las reglas o cláusulas de variaciones corresponden a pautas realizadas sobre ciertos costos o datos técnicos denominados parámetros, que fijan límites y coeficientes en función de los cambios o alteraciones de los concurrentes factores económicos, especialmente sobre los materiales de producción y los salarios del personal. Las reglas o cláusulas de variaciones

tarifarias se aplican así en forma automática por el poder administrador, con necesaria y previa intervención del concesionario.

La Revisión tarifaria, en la actualidad se ha reglamentado en forma precisa, pues se establecen períodos determinados y se clasifican los coeficientes económicos de variaciones.¹⁹

5. Principio de Presunción de legalidad. Todos los actos de Derecho Público, de cualquier clase que fueren, tienen presunción de su validez jurídica inmediata. Toda ley se considera constitucional, toda sentencia válida y todo acto de la Administración se considera legal.

El principio en cuestión no establece un valor absoluto, por lo mismo que son presunciones, es decir conjeturas o sospechas de la existencia de un valor asegurado. La presunción de validez del acto jurídico es un principio necesario para la vigencia inmediata de las relaciones jurídicas que ha creado.

Toda presunción de validez jurídica se manifiesta *iuris tantum*, es decir, como hipótesis de un valor jurídico entendido, posible de ser impugnado por los interesados o afectados.

La presunción de legitimidad de los actos jurídicos administrativos se extiende hacia todos sus efectos cualquiera que éstos fueren, a fin de asegurar su realización inmediata y práctica dentro del orden jurídico.

No cualquier acto jurídico, por invocar su fuente de nacimiento en la Administración Pública, puede ser portador e investirse de la presunción de validez. Para que éste principio rija, es necesario que el acto administrativo encuentre su origen en órganos del poder administrador y su fuente normativa es una norma legal preceptiva o autorizativa previa. La razón sustentadora de la

¹⁹ Véase al respecto, el artículo 174 del Reglamento de la Ley de la Industria Eléctrica, Decreto número 42 – 98, publicado en la Gaceta número 116 del 23 de junio de 1998.

validez jurídica de la presunción de la legitimidad de los actos administrativos se halla en:

- a- Provenir de un órgano competente del poder administrador;
- b- Fundarse en una norma legal autorizativa.

CAPÍTULO II:

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA EL OTORGAMIENTO DE CONCESIONES

1. CLASES DE PROCEDIMIENTOS.

El procedimiento para el perfeccionamiento de una concesión varía según la naturaleza u objeto de la misma, el cual debe estar determinado por la Ley Especial de la materia, o bien está remitida expresamente por ésta a otra Ley, tal es el caso del artículo 11 d e la Ley de concesión de obras viales as Sociedades Privadas o mixtas, Ley número 264, publicada en la Gaceta número 187 del 2 de octubre de 1997, el cual dispone que el otorgamiento de estas concesiones se realizará bajo el procedimiento de Licitación Pública y para ello se aplicarán las normas establecidas en la ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

De acuerdo con el Reglamento General de la Ley de Contrataciones del Estado, la determinación del procedimiento a seguir estará sujeta a los

parámetros que establece la Ley, atendiendo al monto de la contratación, salvo disposición de un procedimiento específico por la Ley, en función del tipo de contrato. De igual forma, establece el mismo artículo que se podrán emplear procedimientos más calificados o rigurosos que el correspondiente a la naturaleza. (Artículo 51).

1.1. Procedimientos generales y procedimientos especiales.

La Ley que regula cada materia, establece un procedimiento general para el otorgamiento de concesiones, luego se deriva de las mismas un procedimiento especial en dependencia de alguna variación en las circunstancias previstas por el legislador.²⁰

Dentro de los procedimientos Especiales, el reglamento a la Ley de contrataciones del Estado en el artículo 100 establece las modalidades complementarias dentro de estos procedimientos de contratación:

a) *Licitación con precalificación*: Esta modalidad se puede promover como parte de la licitación pública o por Registro cuando se considere favorable para la mejor escogencia del contratista a fin de seleccionar previamente a los eventuales participantes, de acuerdo con sus condiciones particulares. Este procedimiento se inicia mediante la publicación el Diario Oficial o en dos Diarios de circulación Nacional, para que los interesados en participar presenten referencias, atestados y toda otra información pertinente a efectos de proceder a la precalificación.

Una vez firme el acto de precalificación, se procederá a tramitar la Licitación respectiva, invitando a participar en el concurso únicamente a las personas físicas o jurídicas precalificadas. (Artículos 101 -107 del Reglamento General a la Ley de Contrataciones del Estado).

²⁰ Al respecto, véase en el presente capítulo el numeral 2.3 (procedimiento administrativo para otorgar concesiones).

b) *Licitación con financiamiento*: Se utiliza cuando se requiere el otorgamiento por cuenta o gestión del contratante, de un crédito para respaldar los gastos originados por la contratación. Para esta modalidad se debe acreditar en el expediente de la contratación el compromiso de incorporar en los presupuestos de los ejercicios respectivos las partidas necesarias para atender los pagos por amortización e intereses, así como los gastos conexos derivados del financiamiento.

Así mismo el organismo licitante asumirá la obligación de incorporar en los futuros presupuestos las partidas necesarias para el cumplimiento del crédito y la posibilidad de sustituir en cualquier momento el crédito propuesto por el oferente.

c) *Licitación con dos o más etapas*: Siempre que esté establecido en el pliego de condiciones, el proceso de selección de oferta más conveniente al interés público se podrá dirigir por medio de etapa de evaluación. En una etapa inicial se valorará la aptitud técnica de los licitantes, y que en una o más etapas posteriores se compararán las ofertas sobre las condiciones del precio.

d) *Licitación con negociación de precios*: Se utiliza para aquellos casos en los que se considere que además de una verificación de idoneidad mínima del oferente, la adjudicación puede basarse exclusivamente en el factor precio.

En estos casos el pliego de condiciones contemplará la presentación de una oferta económica inicial y la convocatoria posterior, luego de la apertura, a todos los oferentes que cumplen los requisitos técnicos y legales de elegibilidad, para que presenten en el plazo establecido una mejora a su propuesta económica.

e) *Adjudicación por subasta a la baja*: Se emplea para adquirir productos genéricos.

Cuando se decide incorporar esta modalidad se hará saber a los oferentes mediante una mención expresa, quienes no incluirán una cotización de precios,

pero sí deberán cumplir el resto de especificaciones de del pliego de bases y condiciones.

Una vez efectuada la selección de las ofertas elegibles, se convocará un acto de recibos de las cotizaciones, para lo cual se designará un funcionario que presidirá el acto y un secretario encargado de levantar el acta.

Las cotizaciones se formularán verbalmente y la respectiva contratación se adjudicará al proveedor que ofrezca el precio más ventajoso.

1.2. Procedimientos Ordinarios y Sumarios o de Urgencia.

En la Ley de Contrataciones del Estado, Ley número 323, en su artículo 25 y el Reglamento General a la misma Ley en el artículo 51, contempla esta clasificación de los *procedimientos Ordinarios*, de la siguiente manera:

a) *Licitación Pública*: para contrataciones que superen dos millones y medios de córdobas, para lo cual se requiere del llamado a la licitación por los medios que esta misma ley señala.

Concepto de Licitación Pública: Es un procedimiento de selección del co-contratante de la Administración pública que, sobre la base de una previa justificación de idoneidad moral, técnica y financiera, tiende a establecer qué persona es la que ofrece el precio más conveniente para el Estado, (Marienhoff).

Naturaleza jurídica: Para algunos autores la licitación es una etapa preliminar del contrato, por el que se determina el co-contratante. Para otros, (Sayagués) es un procedimiento que hace a la forma de celebración de ciertos contratos; un conjunto de actos del que surge el vínculo contractual al finalizar el procedimiento, con la resolución administrativa de adjudicación notificada al interesado. El encuentro de las voluntades se produce con la aceptación de la oferta, o sea, la adjudicación notificada al interesado. Es en este momento que surge el vínculo

contractual, salvo que texto expreso establezca una solución distinta. “No puede disociarse la licitación del contrato, por que el contrato nace dentro de la licitación”²¹.

En consecuencia, la licitación no es un contrato, ni tampoco un acto, sino un conjunto de actos, un procedimiento administrativo preparatorio de la voluntad contractual. Ese procedimiento administrativo está integrado por una diversidad de actos administrativos (pliego de condiciones, llamado a licitación, la admisión, la adjudicación, etc.) y simples actos de la Administración (informes técnicos, dictámenes, proyectos, etc.), como forma jurídica preparatoria de la actividad administrativa contractual.

Principios jurídicos:

- posibilidad de oposición o concurrencia entre los oferentes.
- Publicidad del acto.
- Igualdad entre los licitadores.

La importancia de estos tres principios jurídicos rectores del procedimiento licitatorio es que su incumplimiento, quebrantamiento, o no aplicación de cualquiera de ellos, *vicia de nulidad la licitación*.

Etapas de la Licitación:

Las distintas etapas del procedimiento licitatorio en su desarrollo cronológico son:

- El pliego de condiciones, conforme al cual se hace el llamado a los interesados.
- La presentación de ofertas por los proponentes.
- El estudio de las ofertas por la Administración, que culmina con la aceptación de la más ventajosa, y su notificación al interesado.

²¹ Drommi, José Roberto. Instituciones de Derecho Administrativo. Edit Astrea. 1973. Pág. 387.

b) *Licitación por Registro*: para contrataciones superiores a los setecientos mil córdobas y hasta dos millones y medios de córdobas, debiéndose invitar por los medios establecidos a participar en dicha licitación.

d) *Licitación Restringida*: para contrataciones superiores de cien a setecientos mil córdobas. Esta modalidad requerirá solicitar cotizaciones de precios y otras condiciones del suministro de bienes, obras o servicios ofertados mediante invitación a concursar, por medio escrito o por correspondencia electrónica, de lo cual se deberá dejar constancia documentada, según la ley y su reglamentación

e) *Compra por Cotización*: Para aquellas contrataciones que no superen el monto equivalente a cien mil córdobas. Estos contratos los autorizará la máxima autoridad contratante y los montos serán actualizados por acuerdo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público cada vez que la tasa del cambio del córdoba a dólar de los EUA acumule variaciones superiores al 10%...

Los procedimientos sumarios o de urgencia se presentan excepcionalmente, por razones de interés público y previstas categóricamente por la Ley, es el caso por ejemplo de la concesión de Minas, que en los artículos 8 y 9, del Reglamento a la Ley Especial sobre Exploración y Explotación de minas.²²

2. ETAPAS DE LA CONCESIÓN:

Para otorgar una concesión, de acuerdo a lo observado en la práctica forense y a lo señalado por las leyes propias de cada materia, se deben seguir tres etapas:

²² Esta excepción se fundamenta por las razones siguientes: 1) El proyecto debe ser administrado directamente por las municipalidades o gobiernos regionales; 2) existe mayor flexibilidad en cuanto a los requisitos, esto se justifica por la función de interés público que cumple la Administración; 3) la DGRN extenderá la autorización en un plazo no mayor de 30 días hábiles.

- A.** Creación del régimen legal aplicable al objeto de la concesión (Acto Legislativo).
- B.** Elaboración del correspondiente Reglamento al acto.

- C.** Un procedimiento administrativo para cada concesión.

2.1. *Acto Legislativo.*

Es una facultad de orden constitucional conceder la actividad de explotación tanto de los servicios públicos como de los bienes patrimonio del Estado (artículos 102 y 105 Cn.). La disposición de tales bienes solamente puede realizarse mediante la *autorización* por Ley previa (Artículo 1 de la Ley de disposición de bienes del Estado y Entes reguladores de los servicios públicos), para ello, como señala la reforma²³ al mismo artículo el mismo artículo, que se deberá contar con la cuantía fijada en doscientos mil córdobas (C\$ 200,000) , suma a la que se debe aplicar el mantenimiento de valor, dejando constancia de la aprobación de la misma en el proyecto de Ley respectiva.

Encontramos en este acto legislativo, además de las características generales de toda Ley (generalidad, unilateralidad, coactividad, etc.) otras, que lo particularizan, entre ellas señalamos las siguientes:

- a)** Autorizante; por cuanto es a través del mismo que se faculta al órgano competente a otorgar la concesión, una vez que se cumplan los requisitos legales por ella establecidos.²⁴

- b)** Delimitador; puesto que, en dicha Ley se establecen los criterios para identificar al órgano competente en cada materia, las atribuciones propias de los mismos, el bien concedido y las condiciones que la rigen.

²³ Reforma publicada en el Nuevo Diario del 12 de abril de 1996.

²⁴ Bielsa distingue entre la Ley autoritativa de concesión y el contrato de concesión, por cuanto la Ley es un acto unilateral, emanación de la voluntad del Estado. Si todas las cláusulas de la ley forman luego el contenido de un contrato. V. gr., de concesión, lo que habrá entonces es un contrato, y desde luego, también una Ley anterior que sirvió de base al mismo, o que autorizó a contratar. Bielsa, Rafael. Ob. Cit. Pág.52.

- c) Regulador; esta característica, generalmente tiene tres ámbitos de aplicación:
- *En cuanto al procedimiento a utilizar*, dependiendo éste de la naturaleza del bien objeto de concesión, lo que impide establecer un procedimiento general para todas las concesiones.
 - *En cuanto a las libertades individuales*, las cuales se encuentran limitadas por el interés público, el que prevalece en casos de conflictos frente a los intereses privados.
 - *En cuanto a la prestación del servicio*, la cual debe regirse por los principios de igualdad, generalidad, continuidad, etc.; así como la sumisión a las tarifas establecidas por la autoridad competente, y a los aspectos técnicos emitidos para su normal desarrollo.

2.2. *Reglamentación al acto legislativo.*

La actividad de reglamentación puede contener facultades más o menos amplias, en dependencia de la materia de que se trate, cumpliendo sí, con la tarea de complementar detalles para hacer posible la puesta en práctica de la Ley previa, teniendo como límite la no contravención a ésta y a la Constitución.

La Ley de industria Eléctrica (Ley número 272) otorga amplias facultades a la potestad reglamentaria, al señalar en su artículo 71: *que en el reglamento general de la presente Ley se establecerá el procedimiento a seguir para el otorgamiento de concesiones para distribuir energía eléctrica*. Observamos, quizá de forma a priori, cierta tendencia del legislador en confiar a la **discrecionalidad** del Ejecutivo, la tarea de determinar los márgenes de su actuación, no obstante, ello no significa que existe discrecionalidad administrativa como tal, más bien, se trata de una simple remisión al Reglamento.

Posteriormente en nuestro trabajo investigativo profundizaremos sobre dicha facultad.

2.3. Procedimiento administrativo para otorgar concesiones.

Para fines del presente trabajo, hemos seleccionado entre los tipos de concesiones que se otorgan en nuestro país, para los Servicios Públicos, el de Distribución de energía eléctrica, teniendo como fundamento legal entonces nuestra investigación, toda la legislación y normativa atinente al mismo servicio; en el caso de los Recursos Naturales, elegimos el de Exploración y Explotación de Minas, para el cual también utilizamos las disposiciones legales correspondientes para realizar los aportes que a continuación detallaremos.

2.3.1. De Servicios públicos.

De acuerdo a la Ley de Industria Eléctrica (artículo 71), existen dos procedimientos para otorgar concesiones de distribución de energía eléctrica:

- Por licitación pública: se realiza bajo esta forma, cuando a consideración del Consejo de Dirección del INE se determine la conveniencia de otorgar una concesión de distribución en área - determinada (artículo 83 y siguientes del Reglamento de la Ley de la Industria Eléctrica).
- Por negociación directa: cuando de manera directa el interesado en obtener una concesión presenta su solicitud ante el Consejo de Dirección del INE. (Artículo 105 y siguientes del reglamento).

2.3.1.1. Procedimiento por Licitación:

1. Se inicia con la resolución del consejo de Dirección del INE, fundamentada en el arto. 71 de la Ley y el inciso k) del artículo 4 de la Ley orgánica del INE. Esta resolución determinará el área geográfica de la concesión y los criterios generales que regirán el procedimiento de Licitación. Así mismo, se ordenará a la Dirección General de electricidad, la elaboración de los documentos de Licitación y el plazo para su presentación.
2. Convocatoria a Licitación: el presidente del Consejo de Dirección del INE invitará mediante avisos que se publicarán en los principales Diarios de circulación Nacional y en publicaciones internacionales especializadas por, al menos, tres veces con intervalos de 7 días para que los interesados retiren los documentos de licitación. La convocatoria contendrá al menos: identificación de la persona, lugar, día y hora de presentación de la oferta, el monto de la garantía de mantenimiento de la oferta, y la indicación de que el INE se reserva el derecho a rechazar todas o cualquiera de las ofertas presentadas en la licitación.
3. La presentación de ofertas, está ligada al cumplimiento de las siguientes condiciones:
 - Temporalidad (Artos. 84 infine y 87).
 - Debe ser única (Artos. 85 y 88).
 - Con carácter confidencial (arto. 86.5)
 - Monto de la garantía del mantenimiento de oferta. (Artos. 86.6 y 89).
4. Apertura y lectura de ofertas, la que se realizará de forma pública en el día, hora y lugar previstos en la convocatoria.
5. Levantamiento del acta, la cual será autorizada por notario público y que podrá ser suscrita por los representantes de los oferentes y las autoridades del INE que presidan el acto.
6. Dictamen evaluativo de la Dirección General de electricidad del INE, para lo cual podrá asesorarse de personal técnico calificado y solicitar a los

oferentes aclaraciones con respecto a sus ofertas. En la evaluación se deberá establecer como punto de previo y especial pronunciamiento, que las ofertas presentadas hayan cumplido con todos los requisitos, términos y condiciones estipulados en la Ley, el Reglamento y los documentos de licitación. De no cumplirse estos requisitos, la DGE, consignará en su dictamen final la descalificación de las ofertas. En el dictamen de evaluación se deberá detallar las bases de su análisis comparativo, expresando *las razones precisas* en que se fundamenta para determinar *el orden de prelación* en que se recomienda la adjudicación de la licitación.

7. El plazo para presentar impugnaciones será de cinco días hábiles a partir de la notificación del dictamen. (Artos. 98 y 99).
8. Resolución de adjudicación por el Consejo de Dirección del INE, el cual deberá referirse específicamente al dictamen de evaluación y señalar el plazo para la negociación del contrato. En caso declarar desierta la licitación, deberá determinar un plazo para convocar a una segunda licitación, siguiendo el procedimiento establecido para la primera.
9. Notificación de la resolución: el presidente del Consejo de Dirección del INE, comunicará la resolución adoptada a todos los oferentes, en el domicilio que estos señalaron, dentro de los tres días hábiles a partir de la fecha de resolución.
10. Publicación de la adjudicación en la Gaceta.
11. Devolución de las garantías de mantenimiento de la oferta a los oferentes que no entrarán en la relación contractual.
12. Firma del contrato. Para lo cual debe el concesionario, previamente haber pagado el derecho de otorgamiento (Arto. 127. del Reglamento y NLC 6.1.8.); entregar al INE una garantía de cumplimiento, sin la cual se

derogará el acuerdo de otorgamiento de la concesión. (Arto. 128 del reglamento); suscribir una póliza de seguros por todos los bienes e instalaciones afectos a la concesión (Arto. 129); la aceptación del Acuerdo de otorgamiento. (Arto 130).

2.3.1.2. Procedimiento por negociación directa.

Cuando se trate de negociación directa, el interesado en obtener una concesión deberá:

1. Presentar su solicitud ante la Dirección General de Electricidad del INE, la cual deberá contener:

a) La información correspondiente al formato de concesión, elaborado y proporcionado por el INE, que conforme al Artículo NLC 5.3.1 deberá incluir como mínimo lo siguiente:

- Identificación del solicitante.
- Identificación del apoderado o representante legal.
- Objeto de la solicitud (concesión).
- Identificación de la Empresa que se convertirá en concesionario.
- Domicilio para recibir notificaciones.
- Listado de la documentación que se adjunta.
- Fecha, hora y número de Registro en el INE.

b) Identificación del área y plazo de concesión requerido.

c) Además de la información contenida en el formato de concesión, el solicitante de acuerdo al Artículo NLC 5.3.2 deberá adjuntar la siguiente documentación:

- La que acredite la constitución de la empresa.
- La que acredite la representación del apoderado.

- La que avale que el solicitante constituyó el depósito de costas a la orden del INE.
 - Los estudios de impacto Ambiental aprobados por MARENA.
 - Los anexos correspondientes.
 - Una solicitud de servidumbre, con indicación del nombre de los dueños, delimitación del área y el motivo.
2. Registro de la solicitud en el libro que para tal efecto lleva la Dirección General de Electricidad del INE una vez cumplidos todos los requisitos anteriores. (Arto. NLC 5.1.5 y 107 del Reglamento a la Ley 272).
 3. Publicación de la solicitud²⁵ por el INE, en un plazo de diez días hábiles después de recibida la solicitud dos veces en días alternos en dos Diarios de mayor circulación Nacional, por cuenta del solicitante.
 4. Revisión de la solicitud. Transcurrido el plazo de publicación sin surgir nuevos interesados, la DGE del INE procederá a la revisión de la solicitud en un término no mayor de 30 días, durante los cuales podrá pedir documentación adicional y las aclaraciones que estime convenientes. De no cumplirse con los requisitos establecidos éste procederá a rechazar la solicitud, notificándose al interesado junto con el motivo que justifica dicho rechazo.
 5. Dictamen definitivo de evaluación elaborado por la DGE del INE, el que será presentado dentro de tercero día a la consideración del Consejo de Dirección del INE para su resolución definitiva.

²⁵ La publicación tiene dos objetivos: a) si surgen uno o más interesados adicionales, se procederá a licitar la concesión (Arto. 105 del Reglamento a la Ley 272). b) Dentro del plazo de publicación podrán formularse oposiciones a la concesión solicitada, las que serán resueltas siguiendo el procedimiento establecido en los Artos. 111 al 114 del Reglamento.

6. Acuerdo de otorgamiento, el cual se realizará en base al dictamen presentado por la DGE del INE, una vez que se cumpla con los requisitos establecidos en la NLC del INE.
7. Negociación y firma del Contrato de Concesión.

2.3.2. De Recursos Naturales.

2.3.2.1. Procedimiento General.

La Ley número 387, Ley Especial Sobre Exploración y Explotación de Minas, y su Reglamento, decreto número 119-2001, establecen el siguiente procedimiento general para el otorgamiento de concesiones de Minas:

1. Presentar por escrito y duplicado la solicitud de concesión ante la Dirección General de Recursos Naturales (DGRN), directamente por el interesado, o bien por su apoderado legal, el cual deberá contener como mínimo los siguiente:
 - a) Identificación del solicitante (persona natural o jurídica y calidades de ésta, en su caso) y la expresión de si procede en nombre propio o en representación.
 - b) Número RUC y constancia del responsable retenedor del IGV o constancia de estar inscrito en la Administración de Rentas correspondiente.
 - c) Manifestación de que el solicitante y sus representantes se someten a la jurisdicción de las autoridades administrativas y judiciales, y que no están afectos a las inhabilidades del Arto. 24 de la Ley.
 - d) Los vértices del polígono solicitado, con las especificaciones del Arto. 31 literal b) del Reglamento.
 - e) Una breve reseña técnica indicativa de los trabajos que pretende realizar, la cual deberá acompañarse de planos, reportes, análisis, estimación de las reservas y demás que se consideren necesarios.

f) Señalar dirección para oír notificaciones en la ciudad de Managua.

Además de lo anterior, se deberá anexar la siguiente documentación, cuando corresponda:

- Escritura social y estatutos, inscritos en el Registro público competente.
- El poder legal de representación.
- Nombrar un apoderado legal suficiente, con domicilio conocido en Managua, en caso de que el solicitante no radique en el país.

En caso de información incompleta, el interesado tendrá diez días hábiles para subsanar las faltas, de no hacerlo, la DGRN *declarará inadmisibile la solicitud y mandará a archivar las diligencias.*

2. Anotación en el libro de Registro de solicitudes iniciales. Al interesado se le devolverá la copia de la solicitud debidamente razonada en la cual se hará constar la fecha y hora de presentación de la misma, para garantía del *derecho de preferencia.*
3. Dictamen técnico del AdGeo en un plazo no mayor a 15 días hábiles.
4. Tramitación de la solicitud. La DGRN tendrá un plazo de diez días hábiles para verificar la disponibilidad del área (por el catastro minero), dándole traslado en el término de tres días a los gobiernos municipales respectivos para que emitan su opinión en un plazo de 30 días y 45 días hábiles a los Consejos Regionales Autónomos para su **aprobación**, sin la cual, la DGRN rechazará la solicitud, sin perjuicio de las acciones en derecho le corresponden al solicitante.

Transcurrido el término concedido a los concejos Municipales, con su opinión o sin ella, el MIFIC resolverá lo que en Derecho corresponda.

5. Propuesta de acuerdo ministerial, elaborada por la DGRN, en un plazo de 5 días hábiles, quien la enviará al titular del MIFIC.
6. Acuerdo Ministerial definitivo emitido en un plazo máximo de 7 días por el Ministro.
7. Notificación del acuerdo ministerial al interesado por la DGRN.
8. Aceptación del solicitante en un plazo máximo de 30 días hábiles después de recibida la notificación. Si no lo hiciere o notifica su no aceptación, la DGRN dictará auto dando por concluida toda tramitación y mandará a archivar las diligencias correspondientes. Una vez aceptada la concesión, la DGRN extenderá la certificación del acuerdo ministerial que constituye el Título de Concesión.
9. Publicación del acuerdo Ministerial por el concesionario el Diario la Gaceta por una sola vez.
10. Inscripción en el libro de concesiones mineras del Registro central de concesiones y en el Registro público de la propiedad correspondiente, dentro de los siguientes 30 días hábiles, remitiendo a la DGRN copia de la publicación y de la constancia registral.

La DGRN remitirá copia de la certificación a AdGeo, a los consejos regionales y a las municipalidades correspondientes para dar cumplimiento a la Ley.

Cuando se trate de casos de cancelación, renunciaciones, rechazo de solicitudes, desistimiento o caducidad de concesión, el área en referencia se considerará libre 30 días después de la fecha de publicación en la Gaceta.

Todas las solicitudes que se presenten durante ese período, se considerarán para este efecto, como presentadas al mismo tiempo, y se procederá a licitación

de acuerdo al siguiente procedimiento (Artos. 50 al 52 del Reglamento a la Ley 387).

2.3.2.2. Procedimiento especial para otorgar concesiones por licitación.

1. Publicación del anuncio de licitación.
2. Presentación de ofertas.
3. Notificación a los interesados de la fecha, hora y local en que iniciará la audiencia pública.
4. Lectura de las ofertas.
5. Levantamiento del acta.
6. Dictamen evaluativo de la DGRN.
7. Otorgamiento de la concesión por el comité de licitaciones.

Una forma extraordinaria de adquirir concesiones es a través de subasta pública, la cual se presenta en casos de traspasos derivados de una resolución judicial, mediante el procedimiento que se establece en los artículos del 20 al 22 del Reglamento de la ley de Exploración y Explotación de Minas.

Esta forma de adquirir una concesión de Minas, puede suscitarse como consecuencia de la afectación del derecho de concesión con algún gravamen (por ejemplo hipoteca), en lo cual se aprecia una influencia civilista aún presente en el Derecho Administrativo, por los antecedentes de la concesión como contrato de Derecho Civil.

3. OTORGAMIENTO DE CONCESIONES, ¿FACULTAD DISCRECIONAL O REGLADA?

La atribución expresa y específica de las potestades administrativas por el principio de legalidad es aplicable a todos los casos (la Ley puede determinar

agotadoramente todas y cada una de las circunstancias de las condiciones de ejercicio de la potestad definida en todos sus términos y consecuencias; o bien, por el contrario, remitir a la estimación subjetiva de la Administración el resto de dichas condiciones)²⁶, por ello existe una distinción capital en el modo como se realiza esa atribución de potestades: en regladas y discrecionales.

La actividad administrativa es reglada cuando se determina el momento, contenido y forma de la misma. La Ley sustituye por anticipado el criterio del órgano administrativo y predetermina ella misma qué es lo que conviene al interés público; señala un camino inevitable al administrador que en tales casos prescinde de su apreciación personal sobre el mérito del acto, pues no tiene elección posible, tal es el caso del ya citado artículo 11 de la Ley de Concesión de Obras Viales a Sociedades Privada o Mixtas, en el cual se establece de forma categórica el procedimiento a seguir.

El ejercicio de las potestades regladas reduce a la Administración a la constatación del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicar en presencia del mismo lo que la propia ley ha determinado también agotadoramente. La decisión en que consista el ejercicio de la potestad es obligatoria en presencia de dicho supuesto y su contenido no puede ser configurado libremente por la Administración, sino que ha de limitarse a lo que la propia ley ha previsto sobre ese contenido de modo preciso y completo.

Por diferencia con esa manera de actuar, el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración comporta un elemento sustancialmente diferente: la inclusión en el proceso aplicativo de la ley de una estimación subjetiva de la propia Administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad²⁷. No hay, pues, discrecionalidad al margen de la ley, si no justamente sólo en virtud de la ley y en la medida en que la ley haya dispuesto.

²⁶ García de Enterría, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. 6 a. Ed. Madrid 1993. Pág. 440.

²⁷ García de Enterría, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 441.

La existencia de una medida en las potestades discrecionales es relevante, ya que la remisión de la ley al juicio sumario de la Administración no puede ser más que parcial.

Podemos definir la Facultad discrecional, como la capacidad de elección entre varias formas de comportamiento igualmente posibles jurídicamente, es decir, no existe preferencia sobre ninguna de ellas.

Por tanto, la facultad discrecional, no es otra cosa que el actuar libremente, bajo el alcance y limitaciones que la norma jurídica le otorga. Pero, actuar discrecionalmente no es actuar arbitrariamente. La diferencia entre ambas es que una está fundamentada en una norma y la otra no.

El acto discrecional se puede convertir en un acto arbitrario, cuando la Administración no ajusta su conducta al **fin** en vista del cual la norma lo autorizó realizar. La arbitrariedad puede ser justa o injusta; en el caso de que sea justa, no legaliza el acto jurídico.

La Administración puede hacer uso de la facultad discrecional cuando una norma jurídica utiliza términos que no son imperativos, sino, permisivos o potestativos, ejemplo, “la autoridad puede”, “le está permitida o está autorizada”.

También se estima que hay facultad discrecional, cuando en la norma jurídica se prevén dos o más posibles actuaciones en un mismo caso y no se impone ninguna de ellas de forma obligatoria.

En fin, la facultad discrecional otorga a la autoridad administrativa varias posibilidades de actuación:

- Libertad para decidir si debe obrar o abstenerse.
- Libertad para decidir en qué momento actuar.
- Libertad para decidir cómo debe actuar.
- Libertad para escoger el contenido de su actuación.

De acuerdo con lo anteriormente señalado, podemos decir, que la discrecionalidad es el margen de apreciación del interés público concreto, a fin de decidir sobre la oportunidad de actuar o sobre el contenido de la actividad, margen que tiene la Administración en caso de que los límites establecidos por la Ley a la potestad de actuar conferida a aquella sean imprecisos.

En conclusión, para poder utilizar la facultad discrecional, es necesario, que esté consignada en una norma jurídica de manera expresa, caso contrario, sería una arbitrariedad sujeta a sanciones administrativas, civiles y penales, en su caso.

De nuestro ordenamiento Jurídico se desprende que en el caso de las concesiones, la Administración tiene para su otorgamiento una facultad reglada, por cuanto es la Ley quien determina el contenido y la forma de dicho otorgamiento, dejando únicamente a la estimación subjetiva de la Administración decidir sobre la oportunidad de las mismas. Es decir, que en nuestro medio el Legislador ha querido reducir, hasta donde le es posible, el margen de actuación discrecional existente en el régimen legal especial de las concesiones, y así lo deja claramente expresado la Ley especial sobre exploración y explotación de minas en el considerando V (quinto) de dicha Ley, cuando señala: “se hace necesario modernizar el marco jurídico de la actividad minera en el país, a fin de dar seguridad jurídica a los inversionistas y proteger los intereses del Estado nicaragüense incorporando entre otros, la preservación del Medio Ambiente y la eliminación de la discrecionalidad.”

De igual forma, la Ley de Contrataciones del Estado, de manera implícita dispone que rige la potestad reglada, al señalar en sus artículo 27 literal f): “ los criterios que habrá de emplear la entidad adjudicadora para determinar la oferta ganadora, así como cualquier margen de preferencia y cualquier criterio distinto del precio que haya de emplearse y del coeficiente relativo de ponderación correspondiente a cada uno de esos criterios, debe además incluir la forma específica de evaluación, la que deberá ser numérica y libre de criterios subjetivos”.

No obstante, en el artículo 73 de la Ley de la Industria Eléctrica, se manifiesta la facultad discrecional, al señalar que el Estado se reserva el derecho de rechazar todas o cualquiera de las solicitudes u ofertas recibidas para suscribir un contrato de licencia o concesión.

4. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO.

Los órganos de la Administración tienen el deber de resolver las cuestiones que los particulares les plantean, pero puede suceder que demoren o que omitan la decisión, ya sea por negligencia, intencionalmente o de mala fe, no obstante que los interesados los reiteren mediante recursos.

Independientemente de la responsabilidad de los funcionarios, la Doctrina encuentra alguna solución sobre el particular a efecto de que la inactividad de la Administración produzca efectos legales.

El llamado silencio administrativo en la Doctrina jurídica, crea una ficción legal; “no es un acto administrativo, sino una presunción legal”.

El silencio administrativo es un hecho, al cual la Ley le concede determinadas consecuencias jurídicas, estimatorias o desestimatorias (el sentido no es lo importante, sino la presunción). Por otra parte como señala Garrido Falla, *para que el silencio administrativo produzca efectos jurídicos, es necesario un precepto legal que así lo establezca.*

Nuestra legislación incorpora la figura del silencio Administrativo con un carácter tanto positivo como negativo, así lo encontramos plasmado en distintas leyes, una de las que acoge esta disposición en sentido positivo es la Ley Especial sobre Exploración y Explotación de Minas en su artículo 28 infine que establece: “en los casos antes señalados, cuando las autoridades no se pronuncien en los términos previstos, la falta de resolución se entenderá como positiva a favor del recurrente.”

De igual manera la Ley de contrataciones del Estado, Ley número 323, en el artículo 3, literal K) incorpora este sentido positivo del silencio administrativo cuando señala: “ Las siguientes materias quedan excluidas de la aplicación de los procedimientos de esta Ley: cuando existan razones de urgencia, seguridad u otras de interés público, no contemplados en los incisos anteriores, se podrá solicitar, mediante petición motivada autorización de la contraloría General de la República para la contratación con prescindencia de los procedimientos de esta Ley. La Contraloría tendrá diez días hábiles para dar su aprobación, **en caso de no pronunciarse se entenderá que responde favorablemente la solicitud**”.

En el mismo sentido la Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en su artículo 2 señala: “el silencio administrativo es el efecto que se produce en los casos en que la Administración pública omitiera su obligación de resolver en un plazo de treinta días. Transcurrido el plazo sin que la Administración hubiera dictado ninguna resolución, se presumirá que existe una aceptación de lo pedido a favor del interesado”. De igual manera la Ley General del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, Ley 217, en el artículo 139, toma el silencio administrativo en sentido positivo.

En un sentido negativo encontramos en la misma legislación disposiciones que regulan el silencio administrativo, por ejemplo, los artículos 43, 44 y 45 de la Ley de Organización Competencia y Procedimiento del Poder Ejecutivo, ley número 290, publicada en la Gaceta número 102 del 3 de junio de 1998.

5. EFECTOS QUE SE DERIVAN DE LA CONCESIÓN.

Cualquiera sea la clase y naturaleza de la concesión, los derechos y obligaciones del concedente y del concesionario se producen al momento de su otorgamiento. Los que atendiendo a la Doctrina y a nuestra legislación deben determinarse conforme a las siguientes reglas generales:

5.1 Derechos del concedente.

a) El Servicio Público o bien concedido debe ser realizado en la forma establecida y convenida (legal y contractualmente), salvo modificaciones por el concedente. Una de las importantes atribuciones que en el régimen de que tratamos tiene la Administración pública es la de modificar las formas y condiciones del funcionamiento del Servicio Público objeto de la concesión.

La concesión de Servicio Público es un “medio” o “procedimiento” administrativo y jurídico para realizar el servicio público, y para satisfacer el interés público. Ese interés público no puede ser trabado por la existencia de un contrato cuyo cumplimiento estricto puede invocar el concesionario, siendo el interés de éste puramente privado.

Al respecto Vedel enuncia que la concesión de Servicios Públicos se basa en dos ideas antitéticas cuyo equilibrio constituye toda la teoría del contrato de concesión, se trata:

- De una parte, de un servicio público que debe funcionar de acuerdo con el interés general y bajo la autoridad de la Administración;
- De otra parte, de una empresa capitalista que intenta, en la mente de quién está al frente, el máximo beneficio posible.

Bajo estos dos aspectos es como puede hacerse el estudio de la concesión²⁸.

Es por ello que se debe tener en cuenta el principio del equilibrio financiero que rige a las concesiones, el cual establece que aparte de garantizar la prestación del servicio en las formas y condiciones acordadas, el concesionario también tiene derecho a obtener beneficios económicos por dicha prestación. Sólo cuando por sus caracteres particulares implique una carga importante y diferencial para el concesionario, el concedente debe admitir la procedencia de una justa indemnización o aumento de tarifas.

²⁸ Vedel, Georges. Ob. cit. Pág. 712.

b) *El Estado, mediante la concesión, atribuye a una persona privada (física o jurídica) un derecho personal y temporal* siempre; y es temporal porque la realización de un Servicio Público es atribución de la Administración, y ésta no puede “enajenar” sus atribuciones; sólo puede conceder la realización del servicio en las mismas condiciones en que ella lo haría, y siempre por tiempo determinado.

La Ley de Disposición de Bienes del Estado y Entes Reguladores de los Servicios Públicos, Ley número 169, en el artículo 8, se refiere a los *actos de enajenación o gravamen efectuados al amparo de la presente Ley*; donde se aprecia la utilización equívoca del término *enajenación*, puesto que la Ley ha sido clara con respecto a la calidad de inalienables que poseen los bienes del patrimonio del Estado, así como las atribuciones de los órganos de la Administración, las cuales son inherentes al órgano que le hayan sido conferidas. No obstante, en este mismo artículo, el legislador le deja a salvo a los particulares su derecho para accionar pidiendo su correspondiente indemnización, en caso de que sus derechos patrimoniales sean afectados como consecuencia de esta “enajenación”.

c) *El poder de policía del Servicio Público*, dicho poder es atribución propia e inseparable del concedente de cada Servicio Público.

Dentro de las manifestaciones del poder concedente encontramos en el poder de policía un control efectivo sobre el servicio con el fin de mantener su funcionamiento de forma continua, regular y eficiente. El poder de policía del Servicio Público es el ejercicio del continuo control de inspección e intervención en las actividades y bienes del concesionario, el cual se expresa por:

1- Las ordenes, actos de disposición y sanciones; estas últimas no deben confundirse con las multas contractuales, pues son impuestas por mala ejecución del servicio, pudiendo llegar a la ejecución directa y temporal del servicio;

2- Colaboración con el concesionario para que pueda realizar materialmente el servicio, sea con la participación de la fuerza pública o el auxilio de sus agentes cuando fueran necesarios;

3- La organización, dirección y planeamiento de la realización del servicio, que no debe confundirse con la organización laboral de la empresa.

El poder de policía, es indelegable en el concesionario, lo cual no es óbice para que el concedente pueda atribuirle alguna potestad limitada y expresa, con el objeto de hacer más oportuna y eficaz la prestación del Servicio (por ejemplo, cierta autoridad dada a inspectores respecto de los usuarios).

Encontramos la manifestación de este poder de policía en nuestra legislación, en el artículo 18 de la Ley de Industria Eléctrica cuando prescribe: “la regulación, supervisión y fiscalización de las actividades de la Industria Eléctrica, estarán a cargo del INE, cuyas funciones relacionadas con el subsector eléctrico están establecidas en su Ley orgánica.

La función de regulación del Servicio de Energía eléctrica tendrá como objetivo básico propiciar la adecuada y eficiente prestación del Servicio de electricidad, cuidando de su continuidad, calidad y cobertura, velando para evitar prácticas que constituyan competencias desleal o abuso de posiciones dominantes en el mercado.”

De igual forma el artículo 12 del Reglamento a la Ley de la Industria eléctrica faculta al INE a realizar auditorías tarifarias y aplicar cuestionarios de fiscalización para verificar la correcta aplicación de las tarifas aprobadas y de los indicadores de eficiencia que se definan en las concesiones y licencias.

d) *La potestad de establecer y regular tarifas.* El vocablo tarifa proviene de *Tarik*, puerto meridional de España, en donde los árabes percibían un derecho aduanero por los productos que eran introducidos en el país. Actualmente la acepción más conocida es la del sistema de precio que deben ser fijados por el

Estado y que una entidad (pública o privada), percibe por la prestación de un servicio público.

En especial, en las concesiones de servicio públicos, la tarifa constituye el punto neurálgico del sistema económico y jurídico. A la tarifa de los Servicios Públicos se le da el nombre de precios públicos.²⁹

Para el autor Vicente Gimeno Sendra la tarifa constituye el precio que paga el usuario por la prestación del Servicio Público. Las tarifas son fijadas unilateralmente por el Estado, ya sea a través de leyes, reglamentos, decretos o acuerdos; generalmente se escucha a los concesionarios en la fijación de tarifas.³⁰

Las tarifas constituyen, el elemento esencial de la economía financiera de la explotación, éstas representan el precio cierto determinado que el usuario debe abonar por el servicio que utiliza. Su naturaleza jurídica es muy discutida; la regulación de tarifas no forma parte de las cláusulas contractuales de la concesión, porque ellas constituyen un elemento esencial de la reglamentación del servicio público concedido; tampoco podemos admitir que sean establecidas de forme arbitraria y discrecional por la autoridad concedente por el sólo propósito de hacer más barato el uso del servicio, sino que tiene que considerarse controlado o limitado por la necesidad de mantener el equilibrio financiero de la concesión, es por ello que algunos autores consideran que no es un acto unilateral, puesto que es imprescindible la intervención del concesionario para la determinación del precio, pero el que decide y las aprueba directamente es el poder concedente.

La fijación de las tarifas está ligada a motivos circunstanciales, por una parte la valuación del capital invertido y por otra, la limitación del lucro del concesionario, a esto se llama *homologación*; que consiste en un acto administrativo que decide

²⁹ Véase al respecto Manual Elemental de Derecho Financiero y Tributario del Msc. Mauricio Carrión. Editorial BITECSA, 1999. Pág. 102.

³⁰ Gimeno Sendra, Vicente. Ob. Cit. Pág. 929.

aprobar la regulación de los costos tarifarios y que deberán abonar terceros usuarios. La homologación enjuicia la función de aplicarse erga omnes como norma válida.

Para que las tarifas tengan validez, según la doctrina, son necesarios los siguientes requisitos:

- Establecimiento de las mismas por la autoridad competente.
- Que haya intervenido en su estudio y fijación el concesionario.
- Ajustamiento de aplicación a las disposiciones contractuales.
- Razonabilidad probada de sus costos.
- Determinación igualitaria.
- Irretroactividad.
- Notificación al concesionario.
- Publicidad.

Por los requisitos ya mencionados, se dice que *las tarifas son actos administrativos modificables por intervención del poder administrador en su revisión, para satisfacer la ecuación económica financiera de la justa inversión de los costos realizados más la utilidad prudente y razonable*. Así lo encontramos en los artículos 55, 56 y 57 del Reglamento a la Ley de Concesión de Obras viales a Sociedades Privadas o Mixtas, en los que se establece la modificación de dichas tarifas, el derecho del concesionario a solicitar la negociación de las mismas y el deber del ente regulador de publicarla en dos de los periódicos de mayor circulación nacional así como en la Gaceta Diario Oficial

e) Derecho a modificar unilateralmente el contrato por razones de interés público. Esta facultad la encontramos contemplada en el Arto. 100 de la Ley de Contrataciones del Estado, la cual debe entenderse es “sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan, si hubiere mérito”. Asimismo el reglamento a dicha ley dispone en su Arto. 136 que “el organismo contratante podrá modificar,

disminuir o aumentar unilateralmente, durante la ejecución del contrato, hasta en un 50% la prestación objeto de la contratación, cuando concurren al menos las siguientes circunstancias:

- 1- Que obedezca a una situación de naturaleza imprevisible al momento de iniciarse los procedimientos de contratación;
- 2- Que la modificación, aumento o disminución sea la única forma de satisfacer plenamente el interés público perseguido con la contratación;
- 3- Que el monto de la suma de la contratación original, más el incremento adicional que la modificación implica, no excedan el límite previsto por la ley para la determinación del procedimiento de contratación seguido, ni tampoco sea superior al 50% del precio adjudicado originalmente.

El incremento o disminución en la remuneración se calculará en forma proporcional a las condiciones establecidas en el contrato original. En caso de disminución el contratista tendrá derecho a que se le reconozcan los gastos en que haya debido incurrir para atender la ejecución total de la obligación.

En los contratos de Obra únicamente se podrá hacer uso de la facultad de aumento del objeto, en aquellos aspectos que no puedan contratarse independientemente sin afectar la uniformidad, la coordinación o la integridad global de la obra.

Cuando se haga uso de la facultad de modificación, deberá solicitarse al contratista, ajustar el monto de la garantía de cumplimiento.”

5.2. Obligaciones del Concedente.

Control sobre el concesionario: La sumisión a tal control representa una de las características de la posición del concesionario, análoga, a la de cualquier particular al que se hayan confiado actividades públicas.

Tal control se justifica, de un lado, por el hecho de que el particular desarrolla una actividad de carácter público, o sea, propia del Estado o de otro ente público, y ejercida por cuenta de tales entes, y de otro lado, por la oposición de intereses que se da entre concedente y concesionario, puesto que el ejercicio del servicio público debe satisfacer el interés público, pero también satisfacer el interés particular del concesionario, aún cuando sólo se admite esta satisfacción hasta el punto de coincidencia con el interés público que es la causa del servicio en cuestión.

Así, existe, ante todo:

a) *Un control técnico*, que se refiere a las obras, a la maquinaria, a los medios técnicos en general, adoptados por el concesionario para la gestión del servicio, así como a los requisitos de capacidad profesional exigidos por el concesionario a los empleados adscritos.

En el artículo 34 del Reglamento de la Ley de la Industria Eléctrica, se encuentra plasmado dicho control, al disponer: “Toda Empresa y personas involucradas en la construcción de líneas y obras asociadas a la conexión a una red de distribución, deberán cumplir las normas eléctricas vigentes en cuanto a tipo de material y procedimientos a emplear.”

b) *Existe también un control económico*, referido a las relaciones del concesionario con los usuarios del servicio, y más frecuentemente a la gestión financiera de la empresa concesionaria, siendo objeto de este control los balances, los ingresos, los gastos, la adquisición de bienes, las enajenaciones, los préstamos, etc.

La Ley de industria eléctrica en su artículo 37 se encarga de regular esta facultad señalando, que cuando los usuarios soliciten un servicio que requiera de la construcción de una nueva obra no prevista en el programa de inversiones del concesionario, los distribuidores podrán requerir de estos, un aporte ya sea en

efectivo o en obra, conforme a las normas establecidas en la normativa respectiva (de servicio eléctrico), a conveniencia del solicitante...

En cuanto a su forma, los controles se desarrollan normalmente mediante actos de aprobación: aprobación de las obras construidas, de las tarifas, de los reglamentos del personal, de los reglamentos reguladores del servicio, etc., manteniendo siempre un control de legalidad y oportunidad conjuntamente. En el concepto de legalidad se comprende el examen de cumplimiento de las cláusulas de la concesión, mientras que en el concepto de oportunidad se comprende también una valoración inherente a la solución de cuestiones meramente técnicas.

En nuestro medio, modernamente se incluye el *control de calidad del servicio*, en el cual se procura que el mismo se preste al usuario en óptimas condiciones. Lo encontramos así en la Ley de la Industria eléctrica en el artículo 53, en el que se señala: "los distribuidores están obligados a realizar anualmente, por cuenta propia y por medio de una empresa especializada, una encuesta para calificar la calidad del servicio prestado. El procedimiento y alcances de la encuesta así como la empresa encuestadora, serán aprobados por el INE. Una copia fiel de los resultados de la encuesta será enviada al INE."

5.3. *Derechos del concesionario.*

Los principales derechos que se reconocen a los concesionarios son los siguientes:

a) *Derecho al ejercicio del servicio.* Este derecho tiene dos aspectos:

En primer lugar, frente a la Administración concedente, implica que ésta no solamente no puede interponer ilegítimos obstáculos a que el concesionario ejerza efectivamente el servicio objeto de la concesión, sino que además el que aquella deba poner al concesionario en situación de poder desarrollar el servicio.

En segundo lugar, el derecho del concesionario se dirige frente a terceros, como un derecho absoluto³¹, cuyo contenido es distinto según se trate de un servicio en régimen de monopolio o no. En el primer caso, los demás sujetos no sólo tiene la obligación de no obstaculizar el normal desarrollo del servicio, sino también la de no prestar un servicio idéntico a aquel que ha sido objeto de la concesión. En el segundo caso, el contenido del derecho se limita simplemente a impedir que los terceros obstaculicen el desarrollo del servicio por parte del concesionario.

b) *Derecho a organizar el servicio.* Este derecho se refiere a la predisposición de los medios técnicos y materiales idóneos para el servicio. La preparación de tales medios debe hacerse por el concesionario ajustándose a un plan establecido en el pliego de condiciones o cumpliendo determinadas normas.

No obstante, es el modo de desarrollo del servicio lo que está sometido a una limitación y regulación intensa, lo que es perfectamente lógico tratándose de un servicio que no sólo ha de satisfacer el interés personal del concesionario, sino también el interés público.

Esta disciplina y estas limitaciones, se establecen tanto a través de leyes y reglamentos generales, así como mediante condiciones contenidas en la concesión, y también en virtud de actos administrativos dictados durante la vigencia de la concesión: instrucciones, reglamentos normales de servicios.

c) *Derecho a expropiar por causa de utilidad pública.* Los concesionarios tienen derecho al beneficio que se les confiere a través de la expropiación, en la forma que establece las leyes generales y especiales de la materia. Así lo dispone la ley de Expropiación del 3 de marzo de 1976, en su art. 6 que dice textualmente “podrán ser beneficiarios de la expropiación por casos de utilidad pública el Estado, municipios, distrito nacional, entes autónomos y las personas

³¹ Para Gabino Fraga, este carácter no es admisible. Ob. Cit. Pág. 371.

naturales o jurídicas debidamente autorizadas por la ley o por **concesión** basada en ella.

Por causa de interés social podrá ser beneficiario, además de las entidades públicas indicadas anteriormente, cualquier persona natural o jurídica en las que concurren los requisitos señalados por la ley especial respectiva”.

De igual modo el Arto.61 de la Ley especial sobre Exploración y Explotación de Minas establece:

“La ocupación o **expropiación** de terrenos o de la propiedad particular se registrará por lo dispuesto en el capítulo IX de la Ley General de Riquezas Naturales.”

En nuestra realidad jurídica, es el Estado quien realiza la expropiación en los casos de necesidad, mediante previa solicitud presentada por el interesado exponiendo las razones que tenga para considerar indispensable la adquisición por el Estado de la propiedad en cuestión, a fin de ejecutar en ella una obra determinada.

d) Derecho a la exención de pago de impuestos. Este derecho lo contempla nuestra legislación en el Arto.73 de la Ley especial de exploración y explotación de minas que reza “Los titulares de concesiones mineras, podrán acogerse al régimen de admisión temporal y otros regímenes de promoción de exportaciones que establezca la legislación correspondiente para efectos de exención o suspensión de los impuestos aduaneros de importación, para los materiales, maquinarias, instrumentos, útiles demás efectos. Igualmente gozarán de exención para el pago de los impuestos que graven los inmuebles de la empresa, dentro del perímetro de su concesión”. Por su parte el Arto. 25 del Reglamento a dicha ley que prescribe cuales impuestos se encuentran comprendidos en el régimen de exoneraciones, lo que indica con claridad que tal derecho no puede siempre considerarse en calidad de absoluto.

e) Derecho a establecer servidumbres y de imponer restricciones al dominio, en interés público, La ley de industria eléctrica, otorga tal facultad al ente regulador (INE) limitando al concesionario a tan sólo solicitar el establecimiento de dichas servidumbres; esta disposición la encontramos en su Arto.95 que expresa: “Para el desarrollo de las actividades de la industria eléctrica y a *solicitud* del concesionario o titular de licencia, el INE podrá *imponer* (unilateralmente) servidumbres sobre bienes de propiedad privada o pública, tomando en cuenta los derechos de los propietarios de los predios sirvientes”. Sin embargo, el mismo artículo in fine aclara que “las servidumbres podrán establecerse también *de mutuo acuerdo* entre las partes” (concesionario y afectado).

f) Inembargabilidad. Para Bielsa, otra consecuencia de la afectación de los bienes al servicio público, es que en general ellos son inembargables por los acreedores del concesionario, y no susceptibles de ejecución forzosa.

Desde luego, esta exención no la tiene el concesionario a título personal, sino en razón del servicio público que presta. Desafectados del servicio público esos bienes, ellos son embargables.³²

Es necesario destacar, que la Ley Especial de Exploración y Explotación de Minas, en su artículo 15, al respecto de lo señalado por la doctrina antes anotada, establece la posibilidad de gravar el derecho real que emana de la concesión, pero no los bienes objeto de la misma, los cuales pertenecen al Estado, quien ejerce sobre ellos un dominio absoluto, inalienable e imprescriptible, de conformidad al artículo 2 de la Ley antes referida.

g) Derecho a obtener beneficios económicos por la prestación del servicio, beneficios que se derivan fundamentalmente de lo que los usuarios (en el caso de los servicios públicos) pagan como contraprestación del servicio y cuyo importe total puede venir adicionado o disminuido. Viene adicionado cuando el interés

³² Bielsa, Rafael. Ob. Cit. Pág. 69.

público exige que el servicio se preste a un precio y condiciones no remuneradoras, en cuyo caso es evidente que la Administración, al imponer al concesionario la prestación de un servicio no rentable, se obligue a satisfacer una cantidad a título de subvención. Por el contrario, disminuye a veces tal importe cuando la intensidad del servicio produce un resultado económico francamente remunerador y que permite el que la Administración concedente se reserva una parte del beneficio.

Además de derechos, surgen de la concesión, a favor del concesionario, verdaderos poderes derivados del ejercicio del servicio público. Estos poderes vienen a constituir la esencia de verdaderas y propias funciones, cuyo ejercicio se otorga al concesionario en vista de la accesoriedad con el ejercicio del servicio que constituye el objeto esencial de la concesión.

Estos poderes pueden ejercerse tanto respecto del personal que depende del concesionario, como respecto al público destinatario del servicio.

Con relación a los primeros, este poder está referido a regular su conducta en lo concerniente al rendimiento del servicio. Este es ante todo un poder normativo y a la vez un poder disciplinario, sancionador, o sea, suficiente para establecer sanciones.

Frente al público destinatario del servicio, el concesionario puede ejercer poderes que, deben ser considerados de policía o disciplinarios. De policía cuando se trate de normas valederas *erga omnes*, es decir, frente a cualquiera que infrinja las leyes y los reglamentos dictados para la seguridad del servicio público de los usuarios y la tutela de los bienes destinados al mismo. Será poder disciplinario cuando se ejerza sólo frente a los usuarios, dictando normas para el buen funcionamiento del servicio, lo que trae consigo no sólo la aplicación de sanciones pecuniarias, sino también la posibilidad de privar al transgresor del uso o disfrute del servicio, así lo señala la Ley de Industria eléctrica en el artículo 45.

5.4. Obligaciones del concesionario.

Al concesionario, al lado de los derechos y poderes, se le derivan de la concesión también obligaciones y cargas, muchas de las cuales constituyen lo que pudiéramos llamar la otra cara de los correlativos derechos.

a) *Deber de prestar el servicio objeto de la concesión.* Las distintas leyes sobre concesiones de Servicios Públicos, no sólo imponen al concesionario tal deber, sino que establecen que si lo incumpliera, el concedente no sólo podrá requerir al concesionario para que cumpla, si no que también podrá sustituirle y realizar cuando se hubiera omitido por el concesionario y a costa de éste, pudiendo llegar a imponer como sanción la caducidad de la concesión por incumplimiento del concesionario.

Para el caso de los Recursos Naturales (Exploración y Explotación de Minas) ni la Ley, ni su reglamento, contemplan la falta de ejercicio de la misma como causa de caducidad de la concesión, lo que existe es la cancelación de la misma en casos de no realizar la correspondiente cancelación de los pagos de derechos de vigencia y de extracción o regalías. (Arto. 89 de la Ley y 104 del Reglamento).

Atribuimos a esta circunstancia, razones e intereses de índole económicas de parte del concesionario, en tanto que nadie pretende pagar por algo de lo que no se hace uso.

b) El concesionario debe *cumplir las disposiciones de la Administración pública concedente*, aún cuando ellas importen una modificación al pliego de condiciones, siempre que esta modificación no desnaturalice las bases esenciales de la concesión. Cuando la mejora exigida por la Administración pública importa para el concesionario gastos no previstos en los límites generales de las mejoras a que él está obligado, la Administración pública debe, por principio, indemnizar equitativamente al concesionario.

c) *Obligación de ofrecer las prestaciones objeto de servicio a cualquiera que las solicite y reúna las condiciones subjetivas que el reglamento tenga establecida.*

Se trata de una obligación impuesta necesariamente al concesionario como ejerciente de un servicio público y en consideración al principio de la necesaria realización de fines públicos, una de cuyas manifestaciones de mayor importancia afecta las prestaciones administrativas y de servicios públicos en el sentido de que por la apertura al público de un servicio nace para el gestor una obligación de admitir al disfrute del servicio a quien quiera que lo solicite y reúna las condiciones reglamentarias exigidas. Esta obligación la contempla el artículo 35 de la Ley de la Industria Eléctrica.

d) *Subordinación a las modificaciones y tarifas legales.* En el contrato de concesión no puede haber cláusulas que impliquen una renuncia del concedente respecto a su poder de policía y del poder de regular (y aun de modificar) el servicio; ni cláusulas que libren los precios del servicio a la voluntad del concesionario; renunciadas de esta índole, sean expresas o implícitas, deben reputarse y declararse nulas.

e) Es obligación de todo concesionario, previo a la ejecución de cualquier materia objeto de concesión de las comprendidas en el artículo 5 del Reglamento de Permiso y evaluación de Impacto Ambiental, *presentar el correspondiente Permiso de Impacto Ambiental* para la ejecución de la misma, sin perjuicio de cumplir con las demás obligaciones que exige la legislación Nacional, así lo establece el artículo 4 del mismo Reglamento.

El Reglamento a la Ley Especial Sobre Exploración y Explotación de Minas en su artículo 8 establece que para las actividades de extracciones de sustancias minerales, debe solicitarse por escrito a la DGRN, autorización para su extracción, la que deberá contener entre otros los siguientes datos:

“...*Permiso Ambiental emitido por MARENA*”. Este requisito es de ineludible cumplimiento por el concesionario, en tanto que la misma Ley Especial Sobre

Exploración y Explotación de Minas señala en el artículo 5 párrafo segundo que el concesionario se encuentra debidamente habilitado para iniciar sus actividades una vez que obtiene la concesión y *el Permiso Ambiental*.

Llama la atención el hecho de que la Ley de Contrataciones del Estado, omite la exigencia de este requisito y que el Reglamento General a dicha Ley solamente se refiere a la realización del correspondiente estudio de impacto ambiental en el artículo 114. Sin embargo, esta obligación de presentar el *Permiso de Impacto Ambiental* es indispensable, y se tiene como implícita aún cuando no lo señale la Legislación especial para cada materia objeto de la concesión, según lo dispuesto por el artículo 5 del Reglamento de Permiso y Evaluación de Impacto Ambiental, mencionado anteriormente.

6. SANCIONES ADMINISTRATIVAS.

La sanción es la consecuencia dañosa que se impone como castigo a aquellos que lesionan las normas y el orden de la labor administrativa.

Quedaría incompleta la actividad administrativa del Estado, si no le fuera dada por el ordenamiento jurídico la competencia para imponer las sanciones correspondientes a las infracciones administrativas. Esta competencia, a veces denominada equívocamente potestad punitiva o potestad sancionadora, requiere en su ejercicio el empleo de un medio específico: la sanción administrativa, definida por Garrido Falla como “el medio represivo que se pone en marcha cuando han resultado incumplidas las obligaciones nacidas del ordenamiento jurídico administrativo, en relación con el administrado”.³³

La decisión de la Administración de imponer sanciones es un acto administrativo típico, y por consiguiente tiene la eficacia jurídica propia de tales actos. No constituye un acto jurisdiccional, ni produce cosa juzgada. Por lo tanto, puede ser atacado por los distintos procedimientos que el Derecho establece para

³³ Dromi, José Roberto. Ob. Cit. Pág. 283.

impugnar los actos administrativos. La circunstancia de que la sanción se imponga siguiendo un procedimiento previo, con audiencia del infractor, producción de pruebas, etc., no altera dicha conclusión. Esas garantías tienen como objeto proteger al inculpado y asegurar el acierto de la decisión administrativa, pero sin variar la naturaleza jurídica del acto.

6.1. *Clasificación de las sanciones.*

En el orden jurídico positivo encontramos un complejo de sanciones que el legislador ha previsto para mantener el imperio del derecho. Generalmente se las clasifica:

a) Según su naturaleza:

- Sanciones de derecho privado.³⁴
- Sanciones de derecho penal.³⁵
- Sanciones de derecho administrativo, de carácter disciplinario o contravencional.³⁶

b) Según el órgano competente para la aplicación:

- Sanciones administrativas.³⁷
- Sanciones judiciales.

Se insiste en el criterio puramente formal del carácter originario de las competencias para la clasificación de sanciones, pues puede darse el caso que una sanción sea impuesta por el poder administrador y luego confirmada o

³⁴ En sanciones de derecho privado, que se infligen (al que violare la norma) para establecer el equilibrio jurídico, resarciendo el interés particular lesionado por el ilícito Civil. Dromi, José Roberto. Ob. Cit. Pág. 285.

³⁵ Impuestas en defensa del interés general y para tutela de los bienes básicos de la sociedad. *Ibíd.*

³⁶ De carácter disciplinario o contravencional, que en sentido técnico constituyen verdaderas penas y cuya aplicación para la Administración importa el ejercicio de un derecho subjetivo. *Ibíd.*

³⁷ Véase subclasificación de sanciones administrativas en Dromi. Pág. 286.

evocada por el órgano judicial, pero ello no cambia su carácter administrativo. Tampoco puede entenderse que las sanciones administrativas sean del exclusivo resorte del órgano administrador, si no que también pueden ser impuestas por el legislativo y el judicial. En nuestro caso, también la Contraloría General de la República puede imponerlas (Arto. 82 de la Ley de Contrataciones del Estado).

c) Según un criterio mixto (sustancial y formal)

- Concurrencia de sanciones administrativas entre sí.
- Concurrencia de sanciones administrativas con sanciones judiciales

Entre las sanciones que se imponen al concesionario en los casos de trasgresión de sus deberes señalamos las siguientes:

1. La ejecución de oficio y por cuenta del concesionario, de las obras que deberían haber sido realizadas por el mismo. Los gastos, en tales casos, se recaudan con los privilegios y modalidades establecidos para la recaudación de impuestos directos.
2. La privación de los beneficios patrimoniales establecidos a favor del concesionario en la concesión, especialmente la suspensión de las subvenciones o de otras entregas.
3. La aplicación de sanciones pecuniarias que pueden ser impuestas tanto por infracciones específicas como con carácter general, para cualquier infracción de las leyes, de los reglamentos o de los deberes impuestos al concesionario.

En general, nuestro ordenamiento jurídico aplica sanciones pecuniarias atendiendo a las infracciones, según estas sean:

- a) Leves.
- b) Graves.
- c) Muy graves.

Así lo plasma la Ley de Conservación, Fomento y Desarrollo sostenible del sector Forestal, artículos del 53 al 58; Reglamento a la Ley Especial sobre Exploración y Explotación de Minas, en los artículos 100 y 101; artículos del 41 al 45 Reglamento a la Ley de Promoción al subsector Hidroeléctrico, decreto número 72 – 2003, publicado en la Gaceta número 208 del 3 de noviembre del 2003.

4. La declaración de caducidad de la concesión, sanción máxima prevista para omisiones graves de las obligaciones asumidas por parte del concesionario. Ordinariamente debe ir precedida de un requerimiento por el que se invite al concesionario al cumplimiento de una obligación, bajo la amenaza de aplicar la referida sanción de la caducidad.

Esta sanción la encontramos en los artículos: 126 inciso 4 de la Ley de Industria Eléctrica; artículo 53 infine de la Ley de Conservación Fomento y Desarrollo sostenible del sector forestal, artículo 16 de la Ley de Concesión de Obras Viales y Mixtas y del artículo 59 al 61 del Reglamento a la misma Ley; artículo 100 infine y 104 del Reglamento a la Ley número 387, Ley Especial Sobre Exploración y Explotación de Minas, entre otras.

5. Otras sanciones establecidos específicamente en los respectivos contratos.

CAPÍTULO III:

*NATURALEZA JURÍDICA DE LAS
CONCESIONES*

1. TEORÍAS QUE ESTUDIAN LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CONCESIONES.

Existe cierta imprecisión para fijar su naturaleza jurídica; hay quienes afirman que se trata de contratos, para otros es un acto unilateral, y un tercer sector de la Doctrina estima que se trata de un acto mixto o acto complejo, que tiene una parte de contrato, una parte de acto administrativo y una parte de acto reglamentario .

Según los autores Gimeno, Moreno y Sala, en su obra Derecho procesal Administrativo, el concepto de concesión ha tenido diversas variantes tanto en la doctrina como en la práctica administrativa de los Estados. Su naturaleza jurídica, varía de acuerdo con las tendencias que puedan apreciarse en la actividad del Estado; en un Estado liberal, la concesión aparecerá como un contrato, y otorgará al particular determinados privilegios, en un Estado intervencionista, o en un Estado que tienda hacia el socialismo, la concesión no será un contrato, sino un acto administrativo.³⁸

De acuerdo con lo antes señalado, podemos afirmar que no existe en la Doctrina ni en nuestra legislación un criterio uniforme, o al menos generalizado

³⁸ Gimeno Sendra, Vicente. et. al. Ob. Cit. Pág. 912.

que nos permita establecer una posición definitiva respecto a la naturaleza jurídica de las concesiones. En consecuencia, la polémica doctrinal ha girado en torno a las tres siguientes categorías jurídicas³⁹ para determinarla:

La primera la encontramos en JEZE, para quien su naturaleza es la de un contrato.⁴⁰

Una segunda posición o categoría es la de MAYER, para quien es un acto administrativo unilateral.

La última categoría es la propuesta por DUGUIT, quien se inclina por una situación Mixta, ya que por una parte la Administración pública redacta unilateralmente las condiciones de la explotación del servicio y por otra, existe una fase contractual en que se produce el acuerdo de las voluntades que origina derechos y obligaciones recíprocos.

a) *La concesión como contrato.*

Es la posición de los juristas clásicos del Derecho Administrativo, Para quienes concurren todas las circunstancias que reviste esa figura jurídica (capacidad de las partes, sin la cual este acto es nulo; consentimiento libremente expresado; y como último elemento las finalidades contractuales: pliego de condiciones, otorgamiento del consentimiento por escritura pública y por otros medios, etc.).

Pese a sus detractores, ésta teoría es aún predominante en la Doctrina extranjera. En tal sentido, Dromi⁴¹ aborda la naturaleza de la misma desde una perspectiva de Acto administrativo, pero con una particular bifurcación:

³⁹ Diccionario Jurídico ESPASA, edit. ESPASA Calpes, S.A. (Madrid) 1998. pág. 204.

⁴⁰ Según Lancís y Sánchez, Jesè Justifica su tesis, por cuanto existe un acuerdo de voluntades entre la Administración y un particular; que la prestación del particular tiene por objeto asegurar el funcionamiento de un Servicio Público y, por último, que las partes, quedan comprometidas a un régimen jurídico especial que la Administración ha querido y señalado y que el contratista acepta. Lancís y Sánchez, Antonio. Ob. Cit. Pág. 421.

- i) Concesión unilateral (Actos Administrativos): por ser un acto eminentemente creador de derechos, pero *sin que la Administración transfiera; sin que limite sus atribuciones, ni su patrimonio*; por ejemplo, concesiones de personalidad jurídica, nacionalidad, títulos honoríficos, etc. Es decir, en tales casos la Administración sólo ejercita poderes conferidos por las leyes, sin menoscabar en nada sus facultades. El Acto crea una capacidad o un derecho que deriva solamente del ordenamiento jurídico. La concesión unilateral es un Acto potestativo de la autoridad que otorga derechos de los que éste carecía.

- ii) Concesión bilateral (Contractuales): éstas, escapan al ámbito del acto administrativo, y les es aplicables el régimen jurídico de los contratos de la Administración.

La concesión como acto jurídico bilateral es un típico contrato administrativo; por ejemplo, concesión de servicio público, obra pública, etc. En estos casos la Administración transmite un derecho o el ejercicio de un poder propio, es decir, *hay una transferencia de ejercicio de funciones o de servicios públicos*. **La transferencia o delegación de poderes sólo existe en la concesión de servicios públicos o de obras públicas.**

b) *La concesión como acto unilateral.*

Es la teoría que se contrapone jurídicamente a la anterior. Para esta doctrina, la concesión es un simple acto administrativo, pero de aquellos que para dictarse necesitan de coadyuvantes, tal como ocurre con el nombramiento de un funcionario público. No es un contrato, como no lo es la designación de un funcionario.

⁴¹ Dromi, José Roberto. Ob. Cit. pág. 275 - 276.

Esta teoría es acogida por el doctrinario español José Antonio García Trevijano-Fos, para quien la concesión se encuentra dentro de los actos que amplían la esfera jurídica de los particulares.⁴²

c) *La concesión como un acto mixto.*

Esta tesis considera que la concesión está compuesta de tres elementos:

- Un acto reglamentario
- Un acto condición;
- Un contrato.

El acto reglamentario fija las normas a que ha de sujetarse la organización y el funcionamiento de la concesión, bien sea incluyendo dichas normas dentro de la concesión, bien haciendo una remisión a las normas establecidas de antemano o a las que en lo sucesivo se establezcan por las leyes y reglamentos.

La organización de la concesión comprende todas las normas técnicas necesarias para el manejo de la misma y que son idénticas a las que se dictarían si el servicio o la explotación, en vez de ser dado en concesión, fueran administrados directamente por el poder público.

Este acto reglamentario puede ser variado en cualquier momento por la Administración, de acuerdo con las necesidades que deben satisfacerse en virtud del interés público, sin que sea necesario el consentimiento del concesionario, pues no se trata de modificar una situación contractual. Esta potestad del concedente no significa la posibilidad legal de obviar el principio del equilibrio financiero, al que anteriormente hicimos referencia.

⁴² García Trevijano-Fos, José Antonio. Los Actos Administrativos. Editorial Civitas. 2ª Ed. Madrid. 1991. Pág. 238.

El segundo elemento de la concesión, el acto condición, en virtud del cual las facultades y obligaciones que la Ley establece (servidumbres, expropiación, etc.) requieren para su aplicación un acto intermedio, que es precisamente el otorgamiento de la concesión.

El contrato, como tercer elemento de la concesión reviste una finalidad de protección de los intereses legítimos del concesionario. En nuestro ordenamiento jurídico (artículo 100 literal b) de la Ley de contrataciones del Estado y 136 de su reglamento), la Administración puede modificar las cláusulas contractuales unilateralmente por razones de interés público, cuando los intereses propios del concesionario se contravengan con aquellos.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CONCESIONES EN NICARAGUA.

En Nicaragua, la naturaleza jurídica de las concesiones es imprecisa y de difícil determinación, tanto por el carácter que el legislador ha querido darles como por el procedimiento empleado para el otorgamiento de las mismas; tal es el caso, que varía tanto el procedimiento como el concepto legal que para cada materia objeto de concesión se ha dado (contrato, acto, derechos, título, entre otros), es por ello que afirmamos, que no hay uniformidad en el criterio a seguir para determinar su naturaleza jurídica. Analizaremos a continuación los fundamentos de nuestra tesis.

2.1. Según el ordenamiento jurídico.

Nuestro ordenamiento jurídico, según el Reglamento a la Ley de Concesión de Obras Viales a Sociedades Privadas o Mixtas, Decreto No. 61- 97, publicado en la Gaceta número 227 del 27 de noviembre de 1997, en su artículo 2 define a

la concesión como: “el contrato mediante el cual, el ente regulador concede a un particular el derecho para la construcción y/o explotación de obras viales y de las instalaciones conexas a cambio de percibir un pago determinado por peaje de los usuarios por el servicio brindado de conformidad con lo dispuesto en la Ley y en el presente reglamento”.

Asimismo, la Ley No. 272, Ley de la industria Eléctrica, en su Arto. 66 señala: “se entiende por concesión el derecho otorgado por el Estado a través del Instituto Nicaragüense de Energía, a un distribuidor para desarrollar la actividad de distribución en un área geográfica determinada hasta por un plazo máximo de treinta años conforme las obligaciones que le impone la presente Ley, su reglamento y demás normativas”.

El artículo 4 de la Ley de Disposición de Bienes del Estado y Entes Reguladores de los Servicios Públicos, establece que cada acto de incorporación de particulares que adopte el ente regulador respectivo deberá cumplir fundamentalmente con los siguientes requisitos: a) la identificación precisa de los bienes a enajenarse o darse en arriendo ...

De la misma forma, en su artículo 8 señala que “los actos de enajenación o gravámenes efectuados al amparo de la presente Ley, se presumen realizados de forma pública y de buena fe, quedando a salvo el derecho de cualquier persona que se considera afectada patrimonialmente, a accionar la correspondiente indemnización en contra del Estado”.

Según el artículo 4 del Reglamento de la Ley de Conservación, Fomento y Desarrollo Sostenible del Sector Forestal, decreto número 73 – 2003, publicado en al Gaceta número 208 del 3 de noviembre del 2003, define el contrato de concesión como, instrumento legal a través del cual el Estado otorga derechos sobre las tierras y sobre el vuelo Forestal existente en ella.

Como hemos explicado anteriormente, el término “enajenación” a que se refiere la mencionada ley, se utiliza de manera equívoca por tratarse de bienes

del Estado que están protegidos por su carácter de inenajenabilidad, es decir, indisponibles mientras estén afectos al servicio público; sin embargo, se puede tener sobre ellas un uso especial diferencial, sea por medio de permiso, sea por medio de la concesión.⁴³

Es obvia pues, la imprecisión de nuestro ordenamiento jurídico al referirse a las formas de transmisión de los bienes del patrimonio del Estado y de los servicios públicos a su cargo, puesto que los términos anteriormente relacionados (enajenación, arriendo, gravamen, contrato, instrumento legal, etc.) los usa el legislador de manera indistinta o quizá antojadiza, para todo acto que implique conceder a los particulares derechos de explotación de los mismos, dejando en consecuencia, los conceptos referidos, dudas acerca de la naturaleza de las concesiones.

2.2. Según el procedimiento utilizado.

Como indicamos en el Capítulo II, numeral 2.3, el procedimiento general a seguir para el otorgamiento de una concesión de Recursos Naturales (Exploración y Explotación de Minas), y de los Servicios Públicos (Distribución de Electricidad), presentan diferencias muy significativas al momento de determinar la naturaleza jurídica de cada una de ellas.

Merece especial atención, para el caso de los Recursos Naturales, la circunstancia de que una vez emitido por el Ministro del MIFIC el Acuerdo administrativo⁴⁴ de otorgamiento y notificado al solicitante, debería entenderse, para efectos legales, que con ello se perfecciona dicho otorgamiento, por lo que estaríamos en presencia de **un acto condición**, por la sola razón de que para emitirlo, fue necesaria la solicitud del interesado. No obstante, en la práctica

⁴³ Bielsa, Rafael. Ob. Cit. Pág. 278 a la 279.

⁴⁴ Alessi lo define como la manifestación de un poder por parte de una autoridad administrativa, como tal, y con respecto a una relación en la que dicha autoridad sea *parte*, para la satisfacción de intereses públicos concretos. Así mismo distingue cuatro elementos esenciales del concepto de acuerdo administrativo: 1) Una manifestación; 2) que esta manifestación provenga de una autoridad administrativa como tal; 3) el ejercicio de un poder jurídico a través de la manifestación; 4) Que la finalidad sea la satisfacción de intereses públicos confiados a la autoridad pública. Alessi, Renato. Ob. Cit. Pág.254.

forense, es *conditio sine qua non* que el interesado manifieste al MIFIC su aceptación dentro del término legal, de lo contrario, se mandan a archivar las diligencias, lo cual significa, que dicho otorgamiento **se perfecciona con la aceptación** por parte del interesado.

Ni la Ley Especial Sobre Exploración y Explotación de Minas, ni su reglamento establecen la necesidad de formalizar esta concesión mediante un contrato, más bien señala para efectos legales de la misma, que la certificación del Acuerdo de otorgamiento es el título de concesión. Se habla de título de concesión en materia de Minas porque esta concesión constituye derechos reales, pero distintos al de propiedad, y para salvaguarda de estos derechos frente a los terceros, debe inscribirse en el competente Registro de concesiones Mineras y en el Registro público de la propiedad para que surta los efectos probatorios.⁴⁵

Sin embargo, la Ley número 323, Ley de contrataciones del Estado en su artículo 97, es clara al estipular que no es necesario, para el perfeccionamiento de un contrato, formalizar en un documento dicha contratación. Por lo que analizaremos los tres siguientes aspectos particulares de la concesión de Minas:

- 1) El procedimiento seguido hasta el momento de la emisión del Acuerdo Ministerial presenta las mismas características de un Acto Administrativo, constitutivo de un derecho nuevo para el concesionario.
- 2) No existe posibilidad de variación del contenido de esta concesión, puesto que la misma Ley y el Reglamento han establecido previamente los márgenes en que ésta debe otorgarse.
- 3) Con el requisito indispensable de notificar su aceptación el interesado, le da un completo giro a la naturaleza de esta

⁴⁵ Véase artículo 55 de la Ley No. 387.

concesión, confiriéndole el carácter de un *Acto Mixto*, aunque no se formalice mediante un contrato.

En síntesis, la concesión de Exploración y Explotación de minas presenta características propias, que no permiten identificar en ella una naturaleza jurídica “simple”, por cuanto en su configuración confluyen los elementos característicos de un acto complejo o **Acto Mixto**, lo cual viene a constituir una excepción a la generalidad del procedimiento (contractual) que se aplica en el régimen jurídico de las concesiones en Nicaragua, como quedó señalado en el capítulo I, numeral 8, referido a los principios que rigen a las conexiones.

Como ejemplo de concesión de Exploración y Explotación de Minas, señalamos los siguientes: ACUERDO MINISTERIAL No. 324-RN- MC/2003; ACUERDO MINISTERIAL No. 325-RN- MC/2003, publicados en la Gaceta número 191 del 9 de octubre del 2003.

Para el caso de los Servicios Públicos (Distribución de electricidad), existe congruencia entre el carácter que el legislador establece en el ordenamiento jurídico, (en el cual se determina categóricamente que esta concesión se realiza mediante un contrato), con el procedimiento llevado a la práctica por las autoridades administrativas competentes (INE), ya que posteriormente a la emisión del Dictamen de adjudicación de dicha concesión, se procede a dar cumplimiento a la Ley con la aceptación del interesado y la debida notificación de la misma al INE, acto con el cual se completa **el carácter contractual** que tiene en nuestro ordenamiento jurídico la concesión de Servicios públicos, el cual debe formalizarse mediante una escritura pública que contiene la inserción del Dictamen de Adjudicación y las cláusulas generales que establecen derechos y obligaciones para el concedente y el concesionario (bilateralidad; artos. 75.3 y 4 del Reglamento de la Ley de la Industria Eléctrica)

Este carácter de la concesión de Distribución de energía eléctrica, en concordancia con las circunstancias que lo originan, determinan en la misma una naturaleza jurídica **Contractual** por las razones siguientes:

1. La Ley de la industria eléctrica, Ley número 272, determina y específicamente en sus artículos del 74 al 77, que es un contrato.
2. El procedimiento seguido en todas sus fases (como ya lo detallamos en el capítulo II, numeral 2.3.1,) es el típico de un contrato.
3. Este procedimiento, culmina con la firma de un contrato formalizado en escritura pública, que contiene además de los derechos y obligaciones señalados por la ley, los que de común acuerdo se establezcan en el mismo, siempre que no contravengan su régimen jurídico.

Como ejemplo de concesión de Distribución de Energía Eléctrica encontramos el contrato suscrito entre el INE y la EMPRESA DISTRIBUIDORA DEL NORTE (DISNORTE), publicado en la Gaceta número 24 del 2 de febrero del 2001 y con la EMPRESA DISTRIBUIDORA DEL SUR (DISSUR), publicado en la Gaceta número 25 del 5 de febrero del 2001.

3. RELACIONES ENTRE LOS SUJETOS DE LA CONCESIÓN.

3.1. *Entre concedente y concesionario.*

En el ámbito jurídico se destaca la preeminencia del poder administrador sobre los administrados; podría decirse que el primero manifiesta de forma continua y permanente exorbitancias para mantener la relación concesional con miras al resultado eficiente de los intereses públicos que se deben satisfacer. Esta situación de exorbitancia no puede jamás desenvolverse vulnerando el derecho patrimonial del concesionario, sostenido con la equivalencia de la ecuación económica-financiera en forma permanente, para sostener la justa proporcionalidad en función de la eficacia del servicio público que realiza.

Esta relación jurídica entre concedente y concesionario se denomina relación legal o reglamentaria, la cual se desenvuelve por encima del interés del concesionario y con el objeto de mantener la satisfacción del interés público.

Todas las intervenciones unilaterales del poder administrador se sustentan en los principios valorativos que contiene la realización del servicio público en forma regular, continua y eficiente. La continuidad es la consecuencia del desenvolvimiento regular, es decir, sin interrupción, suspensión, ni discriminaciones.

La continuidad se garantiza con las sanciones que se imponen en caso de negligencia y demora en la satisfacción del interés.

En todas estas manifestaciones se comprueba que la concesión no significa renuncia del poder concedente, sino que el concesionario debe actuar en la realización del servicio como si lo realizara el poder administrador.

3.2. Entre concesionario y usuarios.

El régimen de las concesiones está constituido por un conjunto de disposiciones de Derecho público, que fijan con detalles la forma y término en que -se deben prestar los servicios públicos; según la doctrina hay varias posibilidades cuando el usuario utiliza el servicio público:

- a) Celebra un contrato civil;
- b) Celebra un contrato de adhesión, y
- c) Se sujeta a un régimen preestablecido.

La primera tesis considera que dichas relaciones pueden reducirse a los moldes del Derecho Civil, y que, o bien se trata de que el usuario es un tercero que acepta las estipulaciones que en su favor ha hecho la autoridad concedente (una estipulación a tercero), o bien, que existe un contrato ordinario sujeto a las

normas del Derecho Común, y de acuerdo con el cual se regulan los derechos y obligaciones de ambas partes.

Esta tesis es inadmisiblesi se parte de la base de que en la concesión la parte que reglamenta el funcionamiento del servicio no es un contrato, sino un acto creador de situaciones jurídicas generales; no se puede concebir que exista una estipulación para otro ya que se requiere la existencia de un acto contractual entre el estipulante y el promitente. Por otra parte, las cláusulas contractuales en la concesión se refieren a las estipulaciones relativas a mantener la situación financiera, o sea, el equilibrio financiero de la empresa, y no a establecer derechos a favor de personas extrañas a la misma.

Existe una segunda tesis, la que considera que las relaciones del concesionario con el usuario se regulan por un contrato de naturaleza especial, el de *adhesión*, en el cual la oferta está constituida por las normas del servicio a las cuales el usuario se adhiere aceptándolas globalmente, de la misma forma que un comerciante o empresario fija unilateralmente las cláusulas del contrato, y los que aceptan tales cláusulas se limitan a adherirse a ellas, formándose así el vínculo contractual.

Una tercera tesis considera que por virtud de la concesión se establece un régimen general que establece los elementos, condiciones y modalidades en que dicho servicio ha de prestarse sin que sea posible alterarlos por contratos que celebre el concesionario con los usuarios y que, en consecuencia, el usuario tiene por virtud de la ley del servicio, un derecho a beneficiarse del régimen legal establecido; de este modo, el único requisito para que la situación general se aplique al usuario, consiste en que se realice el hecho o se manifieste la voluntad que ha de hacer concreta la relación jurídica abstracta anterior.

Esta tesis ha sido formulada por los que consideran la concesión como un acto mixto, puesto que ese acto del particular se puede analizar como un **acto condición**, ya que, sin necesidad que medie contrato alguno, a él queda subordinada la aplicación del régimen general del servicio.

Nuestra legislación acoge la segunda de las tesis anteriormente referidas, así lo encontramos plasmado claramente en el Reglamento a la Ley de Defensa de los Consumidores, al señalar en su artículo 103 que los servicios contratados por las empresas de servicios básicos y los consumidores, a los que hace referencia en el capítulo XIII del mismo reglamento (acueductos y alcantarillados, *energía eléctrica*, correos y telecomunicaciones, etc.), son **contratos de adhesión** y se regirán por la ley de la materia y las disposiciones especiales del mismo reglamento.

Por otro lado, también la normativa de servicio eléctrico, resolución número 06- 2001, dispone en el artículo NSE. 3.4.1 que previo al inicio de la prestación del servicio eléctrico, la empresa de distribución y el cliente firmarán un contrato de servicio eléctrico... El formulario de dicho contrato será definido por la empresa de distribución de acuerdo a lo establecido en esta normativa y deberá ser aprobado por el INE.

A diferencia de los contratos privados, que no les son oponibles a terceros, los contratos de concesión, por ser de derecho público, tienen efectos que se extienden a terceros. Por ejemplo, el concesionario tiene el derecho de exigirles a los usuarios del servicio público el pago proporcional por la prestación de dicho servicio, puede adquirir además, atribuciones de carácter policial, derecho de expropiar, de imponer servidumbres administrativas, todo lo cual incide respecto de terceros.⁴⁶

A su vez, los terceros pueden invocar el contrato administrativo para exigir que el concesionario preste el servicio correspondiente.

Estos efectos contractuales respecto de terceros, derivan de disposiciones legales constitutivas, de cláusulas reglamentarias, fundadas jurídicamente en el beneficio e interés público que guía a las actividades de la Administración.

⁴⁶ Al respecto amplía Dromi. Ob. cit. Pág. 383.

3.3. Entre concedente y usuario.

No existe entre estos sujetos una relación directa, puesto que, mientras el concedente realiza contrataciones directas con los concesionarios (elegidos por la Administración en base a sus cualidades particulares) para que brinden los servicios a la población, para lo cual debe procurar siempre los resultados más beneficiosos a favor de los administrados, actuando bajo el principio de estricta legalidad albergado en nuestra carta magna en el artículo 130 Cn., en consecuencia, el usuario resulta ser un tercero a la concesión, pero dejando a salvo los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico. Asimismo, cuando el usuario celebra un contrato de servicio con el concesionario, tampoco entra en relación directa con el concedente, no obstante, la Administración es la encargada de vigilar el legal cumplimiento de lo pactado en el contrato aprobado previamente por ésta.

3.4. Entre concesionario y empleados de la empresa.

El personal del concesionario no es funcionario. Está vinculado por un contrato de Derecho Laboral, suscrito con el concesionario. Sin embargo, el poder público ha tomado muy a tiempo la costumbre de incluir en los pliegos las cláusulas sociales a favor de los empleados del concesionario.

Esta relación entre concesionario y personal, se rige por las disposiciones del Código del Trabajo, en todo lo referente a derechos y obligaciones entre estos sujetos. Encontramos disposiciones claras en este sentido en la Ley Especial sobre Exploración y Explotación de Minas en sus artículos: 62.4, 79.5. 80.2; y NLC 6.1.13.

4. MEDIOS DE IMPUGNACIÓN APLICABLES EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONCESIÓN.

Producido un acto administrativo a través del procedimiento correspondiente, el ordenamiento jurídico reconoce a sus destinatarios la posibilidad de impugnarlos, bien ante la propia Administración de quien el acto procede, bien ante un orden especializado de tribunales, integrantes de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Los recursos administrativos, son recursos del administrado mediante los que éste pide a la propia Administración la revocación o reforma de un acto suyo o una disposición de carácter general de rango inferior a la ley en base a un título jurídico específico. La nota característica de los recursos es, por tanto, su finalidad impugnatoria de actos o disposiciones preexistentes que se estiman contrarias a Derecho.

Es necesario distinguir los recursos propiamente dichos de las reclamaciones, ya que las normas reguladoras de ciertos procedimientos prevén en relación a las resoluciones provisionales, cuyos eventuales errores o efectos quiere depurar la Administración antes de resolver de forma definitiva. Más que una auténtica impugnación, la reclamación constituye un trámite más de dicho procedimiento, un trámite con cuya práctica pretende suplirse la consulta previa e individualizada de cada uno de los interesados.

Los recursos administrativo se interponen ante y se resuelven por la propia Administración, que reúne por ello en este caso la doble condición de juez y parte; esta doble condición que reúne la Administración al conocer de los recursos que se interponen ante ella hace surgir, necesariamente, una tensión irreducible: por una parte, el recurso debe fundarse en Derecho; pero, por otra parte, la resolución del mismo tiende a escapar de los estrechos límites a los que debe reducirse la decisión de un debate jurídico, ya que la misión de la Administración no es la de decir el Derecho, sino la de dar pronta y eficaz satisfacción a los intereses generales que tiene confiados.

Es necesario afirmar, que los recursos administrativos son una garantía para los particulares, pero una garantía limitada que en ningún caso es lícito sobre valorar. Por otra parte, los recursos administrativos no son exclusivamente una garantía: “son, en cierto sentido, un privilegio para la Administración y una correlativa carga para los administrados.”

Los recursos administrativos constituyen, pues, un presupuesto necesario de la impugnación jurisdiccional y en este sentido tienen que ser considerados forzosamente como un privilegio para la Administración, que impone a los particulares la carga de someter ante ella misma los conflictos antes de radicarlos ante el juez.

El objeto de los recursos administrativos es la pretensión dirigida a obtener la revocación o reforma del acto administrativo impugnado.

4.1. Elementos característicos de los Recursos Administrativos.

Como elementos característicos de los recursos administrativos pueden señalarse los siguientes:

- La existencia de un acto administrativo que afecta el derecho del particular recurrente;
- La fijación en la ley de las autoridades administrativas ante quienes debe presentarse el recurso;
- La fijación de un plazo dentro del cual deba interponerse el recurso;
- Los requisitos de forma y los elementos que deben aparecer en el escrito de interposición del recurso;
- La fijación de un procedimiento para la tramitación de un recurso;

- La obligación de la autoridad revisora de dictar nueva resolución en cuanto al fondo del asunto.

4.2. Clases de Recursos administrativos.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 105 de la Ley de contrataciones del Estado, Ley número 323, y en el artículo 149 del Reglamento a dicha Ley, las clases de recursos que pueden presentarse en nuestro ordenamiento jurídico en contra de los actos en los procedimientos de contrataciones administrativas son los siguientes:

- De objeción al pliego de bases y condiciones.
- Aclaración.
- Impugnación del dictamen del Comité de licitación.
- De Nulidad en contra del acto de adjudicación.

En el caso concreto de las concesiones, en nuestra Legislación existen tres clases de Recursos, los cuales se encuentran preestablecidos en las leyes, según la esencia de las mismas, de la siguiente manera: En la Ley de Organización, Competencia y Procedimiento del Poder Ejecutivo, Ley 290, se señalan:

1- Recurso de Revisión. Mediante este procedimiento especial, lo que se persigue es limpiar la actuación administrativa de aquellos actos cuya subsistencia se considera intolerable desde el punto de vista de la legalidad y del interés público.

Esta facultad de revisión se ve sometida a límites bien precisos:

- a) La revisión procede únicamente en virtud de las causas señaladas en la ley;
- b) El ejercicio de la facultad de revisión se encuentra sujeta a plazos determinados en la ley;
- c) La revisión no puede pasar por encima del efecto de la cosa juzgada, es decir, no debe presentarse de forma extemporánea.

El Recurso de Revisión, se encuentra en los artículos del 39 al 43 de dicha Ley, el cual podrá ser presentado dentro de quince días hábiles a partir del día siguiente de la notificación del acto, por todos los ciudadanos que consideren se les ha lesionado algún derecho, debiendo cumplir para admisión con los siguientes requisitos:

1. Presentarlo por escrito.
2. Señalar el nombre y domicilio del recurrente.
3. El acto por el cual se recurre.
4. Los motivos de impugnación.
5. Lugar para oír notificaciones.

El órgano competente para conocer y resolver el recurso es el órgano que dictó dicho acto. En la misma Ley se señala que la interposición del recurso no suspende la ejecución del acto, pero la autoridad que conoce el recurso podrá acordarla de oficio, o a petición de parte, cuando la misma pudiera causar perjuicios irreparables al recurrente. El término para resolverlo es de veinte días a partir de su interposición.

2. *Recurso de Apelación*, regulado por la misma Ley en los artículos del 44 al 46, en los que se dispone que el Recurso se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el auto en un término de seis días de notificado, éste remitirá el Recurso junto con su informe al superior jerárquico en un término de diez días.

El recurso de Apelación se resolverá en un término de treinta días a partir de su interposición, agotándose así la vía administrativa.

3. *Recurso de Reposición*, Para el caso de las concesiones de distribución de Energía eléctrica, el artículo 132 de la Ley de Industria Eléctrica señala de manera categórica que dicho recurso se establece en contra de toda resolución emanada de un funcionario del INE que afecte a los concesionarios y titulares de licencias.

Además de este Recurso, los concesionarios tienen también a su favor el recurso de *Revisión* ante la máxima autoridad del mismo, agotándose de esta forma la vía administrativa.

Para el caso de las concesiones de Minas, en el artículo 28 de la Ley Especial Sobre Exploración y Explotación de Minas contempla que los concesionarios pueden hacer uso de este mismo Recurso contra la denegatoria de una solicitud y/o cancelación de una concesión Minera.

5. CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LAS CONCESIONES.

a) La concesión termina *por el vencimiento del plazo fijado*, sea en el contrato de concesión o de la ley, salvo en aquellos casos en que puede prorrogarse mediante un acto administrativo. Por esto, en defecto de disposiciones legales específica, el documento en que se otorga la concesión debe contener, como elemento esencial la indicación del plazo de vencimiento de la misma. Sería inadmisibles una concesión perpetua (porque iría en contra de los principios fundamentales del derecho público y privado) o una concesión sin fijación de un plazo, ya que faltaría toda garantía de los derechos del concesionario y del concedente.

Su efecto esencial es restituir la gestión del servicio a la colectividad concedente que puede elegir cualquier modo de explotación, a su voluntad. El transcurso del término o plazo que figura la concesión, como la de todo plazo extintivo, finaliza la misma, debiendo procederse a la *reversión*.⁴⁷

b) *Por el Rescate*: Es un acto administrativo, mediante el cual el Estado recupera los bienes que había concedido previamente, por causa de utilidad

⁴⁷ Al respecto, ampliamos en el presente trabajo en los principios de la concesión.

pública; éste es un derecho que se encuentra en el subsuelo jurídico de la concesión. El interés pecuniario del particular concesionario se satisface en el rescate, en caso de ser lesionado, mediante la reparación equitativa de la indemnización

En el rescate opera la transferencia a la administración concedente, del propio bien público o servicio público concesionado, mediante acto de imperio antes del vencimiento del plazo de la concesión. Todo rescate implica la expropiación o un procedimiento establecido por ley. La doctrina generalmente se orienta a precisar que en este caso, el Estado debe indemnizar al concesionario por las inversiones que hubiere efectuado y por la privación que se le hace del plazo de explotación.

El rescate es considerado como un caso típico de revocación pues los bienes nunca salieron del dominio del Estado, porque sólo se admitió el uso temporal de ellos al concesionario.

Doctrinariamente se distinguen dos tipos de Rescate:

1. *Rescate contractual*: numerosos pliegos de condiciones prevén que un determinado tiempo antes de la expiración normal de la concesión, el órgano concedente podrá recobrar la gestión del servicio. En este supuesto, la indemnización del concesionario se realiza según las modalidades previstas en el pliego de condiciones.

2. *Rescate forzoso*: Se admite por la Doctrina que la autoridad concedente tiene siempre derecho, a pesar del silencio del pliego de condiciones, e incluso en contra de sus estipulaciones, de volver a hacerse cargo de la gestión del servicio. Pero en ese caso tiene que compensar al concesionario del daño emergente y del lucro cesante, incluyendo la pérdida de los beneficios que se habían obtenido hasta el término normal de la concesión.

c) *Por revocación:* La práctica administrativa se ha orientado a considerar como causa de revocación de las concesiones, la falta de cumplimiento del concesionario a las obligaciones que le impone el régimen jurídico de las mismas.

La revocatoria se establece porque la concesión tiene por objeto la satisfacción del interés público. Cuantas veces se compruebe que el objeto concedido no se realiza en forma plena, o que se han cambiado los motivos de interés público que lo justificaron, su revocación como acto administrativo se impone como decisión necesaria. En este caso, el concesionario puede tener derecho al resarcimiento por el daño que el acto revocatorio ha producido.

La concesión es siempre revocable por razón de invalidez, esto es, por la muerte del sujeto, la extinción del objeto o por falta de causa, y también por no existir ya los presupuestos de hecho en cuya virtud ella se otorgó.

La revocación se distingue del rescate, aunque en ambos casos existe una extinción de la concesión por voluntad unilateral de la administración concedente. Sin embargo, la revocación tiene su origen en la potestad natural de la Administración de atender a determinados intereses públicos, el rescate lo tiene en una expresa voluntad negocial que constituye un elemento accidental del acto y más concretamente una mera condición *si voluero* (Conditio sine qua non).

En segundo lugar, a diferencia de la revocación el rescate implica necesariamente una indemnización, predeterminada al menos por lo que se refiere a los criterios para calcularla.

En fin, mientras la revocación actúa exclusivamente sobre la relación de concesión, el rescate actúa también sobre la propiedad de las instalaciones y de las obras realizadas por el concesionario para la ejecución del servicio.

d) *Por rescisión:* Se considera que la rescisión es la facultad de una de las partes en un contrato o convenio para darlo por terminado si la otra parte incurre en el incumplimiento de sus obligaciones.

En virtud de la “relativa” autonomía contractual de la concesión, la Administración pública y el concesionario pueden rescindir el contrato de concesión cuando así lo estipulen, pero es necesario entonces que en el acto de la rescisión lo decida la autoridad competente, o aquella a quien se hubiere facultado para rescindir.

e) *Por acuerdo:* El acuerdo entre el concesionario y el poder concedente es manifestación común contractual entre las partes para extinguir el contrato concesional, teniendo capital importancia el rubro de compensaciones económicas que las partes pueden convenir como resultado de la rescisión dispuesta de común acuerdo.

f) *Por anulación:* La anulación del acto contractual proviene de la sanción de nulidad del contrato, y no se presenta comúnmente, pero no quiere significar que el acto concesionario no pueda estar exento de graves vicios de ilegitimidad. Las valoraciones de los actos administrativos tiene en cuenta el interés público; toda lesión grave contra el mismo, sustentada en la ilegitimidad puede provocar la nulidad de las concesión sin crear derechos resarcitorios.

g) *Por caducidad:* Se produce como sanción al concesionario por incumplimiento de las obligaciones contractuales. El acto de caducidad es unilateral y como sanción se debe manifestar después de una previa gestión para obligarlos al cumplimiento normal del servicio.

El contrato de concesión tiene como contenido inherente las diversas causales establecidas para producir la extinción del contrato, si la caducidad ha sido prevista en la concesión, la declara la propia autoridad concedente y aún

cuando no hayan sido establecidas de forma expresa en el mismo, debe demandarse en juicio contencioso.

h) Por la quiebra del concesionario: El auto judicial de falencia (quiebra) del concesionario no tiene efectos inmediatos sobre sus bienes afectados a la concesión. La falencia comprueba un hecho de impotencia total económica del concesionario para realizar en forma continua el servicio, sin que esto signifique la desaparición del servicio, como objeto necesario para la colectividad.

i) Por muerte del concesionario: El fallecimiento del concesionario podrá ser causal de extinción de la concesión cuando la concesión se ha realizado sobre sus antecedentes personales, pero si éstas no fueron determinantes de la concesión, no existe prohibición para que se continúe por los herederos.

El carácter *intuitu personae*, que significa la valoración personal, sobre los antecedentes del concesionario, no puede identificarse con los antecedentes individuales del carácter técnico especial de un sujeto, especialmente de derecho, como en una empresa. La *intuitu personae*, en el derecho Administrativo trasciende a los antecedentes y organizaciones impersonales de una empresa.

j) Por renuncia: teniendo la concesión, por sus origen y naturaleza, cierto carácter de *privilegio*, se deduciría de ello que el concesionario puede renunciarla; pero como acto bilateral (que impone al concesionario derechos y obligaciones), la renuncia no puede ser “intempestiva” y, en todo caso, la renuncia debe ser aceptada por el concedente. En algunas ocasiones, podrá tratarse de un servicio público obsoleto o, por ejemplo, de la explotación de minerales que no sea económica, en cuyo caso, parece ser que no habría interés público en que continuara forzosamente la concesión.

Habrán otros supuestos en que la necesidad o el interés público impongan la conveniencia de que la Administración pública no acepte la renuncia en tanto no se asegure, o bien la transmisión de la empresa (económicamente considerada),

a terceros que presten el servicio, o exploten los bienes del Estado y aseguren la continuidad normal de esas actividades, o bien, que la propia Administración se haga cargo de ellas.

En el caso particular de nuestro ordenamiento jurídico, esta forma de extinción es contemplada por el artículo 16 de la Ley Especial sobre exploración y explotación de minas al establecer: “el titular de una concesión minera puede renunciar a ella en todo momento. La renuncia puede ser también parcial”. Asimismo el artículo 18 del reglamento a dicha ley establece: “Los actos de renuncia total o parcial de concesiones, deberán ser notificados de forma escrita por el interesado a la DGRN, la cual solicitará al AdGeo una certificación de cumplimiento de las obligaciones contraídas por el concesionario en el Título de Concesión...”; de igual forma el Arto. 102 del mismo reglamento señala: “Las concesiones mineras se extinguen por las siguientes causas:

...; b) Por renuncia expresa del titular de la concesión, la cual deberá presentar por escrito ante la DGRN.

La renuncia total o parcial puede darse en cualquier momento y no extingue la obligación del concesionario de pagar los impuestos a que estuviese obligado hasta el día en que presente el escrito de renuncia”.

Encontramos en estas disposiciones un criterio menos riguroso que el planteado por la doctrina anteriormente señalada, en cuanto a la oportunidad para presentar la renuncia, la cual puede hacerse en *todo momento* y sin necesidad de un aviso previo a la autoridad competente; así como la relevación al concedente de emitir la correspondiente aceptación, ya que basta con la notificación por parte del concesionario para que dicha renuncia tenga eficacia, salvo la exigencia al renunciante del debido *cumplimiento de las obligaciones contraídas en el título de concesión*.

6. CONCLUSIONES.

Realizar un análisis exhaustivo de nuestro ordenamiento jurídico no es tarea fácil, sobre todo, si pretendemos con él encontrar antecedentes que nos lleven posteriormente hasta nuestra realidad jurídica actual, en este caso específico, el de la naturaleza jurídica de las concesiones, dado que, como hemos visto con el desarrollo del presente trabajo, las diferentes épocas y cambios socio-políticos en nuestro país marcan también las pautas para importantes cambios en el sistema jurídico del mismo. Pese a ello, la legislación nacional nos provee los medios para seguir esas pautas que configuran la doctrina jurídica que adopta nuestro sistema, y que al finalizar el presente estudio nos permiten obtener, si no los resultados esperados, los más cercanos posibles a ellos y a la vez, evaluar tanto el cumplimiento de los mismos, como sus fundamentos en la realidad forense.

Constituye entonces, el ordenamiento jurídico nicaragüense la base de nuestro estudio para determinar la naturaleza jurídica de las concesiones, en el que encontramos una serie de aspectos que destacar en cuanto a su significación práctica, así por ejemplo, cuando analizamos la naturaleza jurídica de la concesión de distribución de energía eléctrica, observamos que tanto la legislación reguladora de la misma como los procedimientos seguidos se corresponden entre sí, es decir, en ambos se trata de un contrato; no así en la concesión de exploración y explotación de Minas, en el que su procedimiento difiere de manera significativa con respecto al de la anterior. Atribuimos esta tendencia de nuestra legislación al hecho de que nuestro ordenamiento ha copiado de diferentes legislaciones normas reguladoras de los distintos contratos; lo que en consecuencia, nos obliga a seguir la tesis ecléctica en la naturaleza jurídica de la concesión de Recursos Naturales.

Otro aspecto que consideramos importante destacar en esta parte, es que, dentro de las razones que las distintas leyes arguyen para el otorgamiento de concesiones, se encuentra el interés público que las reviste, no obstante en nuestro país se observa que el órgano encargado de la regulación y control de que tal interés público se cumpla, no siempre lo realiza de forma eficiente, y no

precisamente por carecer de los medios legales, o bien de medios instrumentales para tal regulación, tal es el ya mencionado caso, de la obligación contenida el artículo 53 de la Ley 272, por la que el ente regulador debe verificar que por medio de una encuesta se califique la calidad del servicio prestado por el concesionario, la cual se deberá realizar anualmente y por cuenta del distribuidor, obligación que, según información obtenida del mismo ente regulador (INE), no se ha cumplido, constituyendo de esa forma una violación a tal disposición legal y en consecuencia una lesión a los derechos e intereses de los usuarios de dicho servicio.

Por lo que *recomendamos* a la Administración pública procurar un estricto apego a la legislación y al cumplimiento obligatorio de la indelegable función de policía de los servicios públicos, puesto que la cambiante realidad a que hemos hecho alusión demanda una fiel observancia de los principios constitucionales y de la legislación en su conjunto, para obtener en el futuro un sistema jurídico libre de corrupción, digno de profesionales del Derecho capaces y con principios éticos divulgadores de justicia.

Finalmente, sólo nos resta decir, que este trabajo en la práctica ha representado el reto que nos planteó en un principio, y esperamos que su culminación pueda satisfacer las expectativas académicas que de él se demandan, y en alguna medida sus aportes sirvan para motivar un estudio más detallado en las futuras generaciones.

BIBLIOGRAFÍA

1. Alessi, Renato. Instituciones de Derecho Administrativo, Tomo I, “tr”. Buenaventura Pellisé Prats, 3ª. edic, Ed. Bosh, Barcelona, 1970.
1. Báez Martínez, Roberto. Manual de Derecho Administrativo, 2ª. Edic, Ed. Trillas, México, 1997.
2. Bielsa, Rafael. Compendio de Derecho Administrativo, 2ª.edic, Buenos Aires, 1957.
3. Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, Ed. Heliasta, México, 1997.
4. Carrión Matamoros, Mauricio. Manual elemental de Derecho Financiero y Tributario, 2ª. edic, Ed. Bitecsa, Managua, 1999.
5. Constitución Política de la República de Nicaragua. Edit. BITECSA. Edic. del 2000.
6. Cosculluela Montaner, Luis. Manual de Derecho Administrativo. Tomo I. 4ª. Edic. Ed. Civitas. Madrid.1993.
7. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo V, 21a. edic, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1989.
8. Diccionario jurídico ESPASA, Ed. ESPASA Calpe. S.A., Madrid, 1998.
9. Dromi, José Roberto. Instituciones de Derecho Administrativo. Ed. Astrea. Buenos Aires. 1973.
- 10.“El Nuevo Diario,” Ley No.204. Reformas a la Ley de Disposición de Bienes del Estado y Entes Reguladores de los Servicios Públicos. Managua, 12 de abril de 1996.
11. Entrena Cuesta, Rafael. Curso de Derecho Administrativo, 4ª. Edic, Ed. Tecnos, Madrid, 1974.
- 12.Escorcia, Jorge Flavio. Derecho Administrativo I parte, Ed. Universitaria, Nicaragua, 2002.
- 13.Fraga, Gabino. Derecho Administrativo, 10ª. Edic, Ed. Porrúa, México, 1990.
- 14.Friorini, Bartolomé. Manual de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1968.
- 15.García de Enterría, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, 6ª.edic, Ed. Civitas, Madrid, 1993.
- 16.García Trevijano-Fos, José Antonio. Los actos Administrativos, 2ª. Edic, Ed. Civitas, Madrid, 1991.
- Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, 1990.
17. Garcini Guerra, Héctor. Derecho Administrativo, 2ª. edic. Ed. Pueblo y educación, La Habana, 1986.

18. Gimeno Sendra, Vicente et. al. Derecho Procesal Administrativo, 1ª. edic, Ed. Centro de Estudios Ramón ARECES S.A., Madrid, 2001.
19. “La Gaceta, Diario Oficial, No. 83”. Decreto No. 316. Ley General Sobre Explotación de nuestras Riquezas Naturales. Managua, D.N., 17 de abril de 1958.
20. “La Gaceta, Diario Oficial, No.103”. Ley No. 169. Ley de disposición de Bienes del Estado y Entes reguladores de los Servicios Públicos. Managua, 3 de junio de 1994.
21. “La Gaceta, Diario Oficial, No. 203”. Reglamento de Permiso y Evaluación de Impacto Ambiental. Managua, 31 de octubre de 1994.
22. “La Gaceta, Diario Oficial, No. 162”. Ley No. 40 y 261. Ley de Municipios. Managua, 26 de agosto de 1997.
23. “La Gaceta, Diario Oficial, No.187”. Ley No. 264. Ley de Concesión de obras Viales a Sociedades Privadas o Mixtas. Managua, 2 de octubre de 1997.
24. “La Gaceta, Diario Oficial, No.63”. Ley No. 271. Ley de reformas a la Ley Orgánica del INE. Managua, 1 de abril de 1998.
25. “La Gaceta, Diario Oficial, No. 74”. Ley No. 272. Ley de la Industria Eléctrica. Managua, 23 de abril de 1998.
26. “La Gaceta, Diario Oficial, No. 102”. Ley No. 290. Ley de Organización Competencia y procedimiento del Poder Ejecutivo. Managua 3 de junio de 1998.
27. “La Gaceta, Diario Oficial, No 116 “. Decreto No. 42- 98. Reglamento de la Ley de la industria Eléctrica. Managua 23 de junio de 1998.
28. “La Gaceta, Diario Oficial, No.001 y 002” Ley No.323. Ley de Contrataciones del Estado. Managua, 3 y 4 de enero 2000.
29. “La Gaceta, Diario Oficial, No.151”. Ley No. 387. Ley Especial Sobre Exploración y Explotación de Minas. Managua, 13 de agosto del 2001.
30. “La Gaceta, Diario Oficial, No.110,” Ley No. 427, Ley de reforma a la ley de contrataciones del Estado. Managua, 13 de junio del 2002
31. “La Gaceta, Diario Oficial, No. 227”. Decreto No. 61 – 97. Reglamento a la Ley de Concesión de Obras Viales. Managua, 27 de noviembre de 1997.

32. “La Gaceta, Diario Oficial, No.169”. Decreto. A.N., No. 2187, Reglamento a la Ley de Defensa de los Consumidores. Managua, 3 de septiembre de 1999.
33. “La Gaceta, Diario Oficial, No.46”. Decreto. No. 21- 2000. Reglamento general de la Ley de Contrataciones del Estado. Managua, 6 de marzo del 2000.
34. “La Gaceta, Diario Oficial, No.4”, Decreto. No. 119 -2001, Reglamento de la Ley Especial Sobre exploración y Explotación de Minas. Managua, 7 de enero del 2002.
35. “La Gaceta, Diario Oficial, No.60”, Decreto No. 32-2002, Reformas al Reglamento de la Ley de la Industria Eléctrica. Managua, 3 de abril del 2002.
36. “La Gaceta, Diario Oficial, No. 208”, Decreto No. 73- 2003, Reglamento de la Ley de Conservación, Fomento y Desarrollo Sostenible del Sector Forestal. Managua, 3 de noviembre del 2003.
37. “La Gaceta, Diario Oficial, No.24”. Contrato de Concesiones de Distribución de energía a la Empresa Distribuidora del Norte (DISNORTE). Managua, 2 de febrero del 2001.
38. “La Gaceta, Diario Oficial, No.25”. Contrato de Concesiones de Distribución de energía a la Empresa Distribuidora del Sur (DISSUR). Managua, 5 de febrero del 2001.
39. “La Gaceta, Diario Oficial, No.191”. certificación Del Acuerdo Ministerial (MIFIC) No.-324-RN- MC/2003.Y Acuerdo Ministerial No. -325- RN-MC/2003. Managua, 9 de octubre del 2003.
40. Lancís y Sánchez, Antonio. Derecho Administrativo. 3ª. Edic. Ed. Cultural. La Habana. 1952.
41. Mateo, Ramón Martín. Manual de Derecho Administrativo, 12ª. edic, Ed. Trivium, Madrid, 1988.
42. Normativa de Concesiones y Licencias Eléctricas (NLC). Resolución No. 017- INE- 1999 .Consejo de Dirección del INE. Managua, 28 de octubre de 1999.
43. Normativa del Servicio Eléctrico (NSE), Resolución No. 06-2001. Consejo de Dirección del Instituto Nicaragüense de Energía. Managua, 23 de mayo del 2000.
44. Olivera Toro, Jorge. Manual de Derecho Administrativo, 3ª. Edic, Ed. Porrúa, México, 1972.
45. Parada Vásquez, José Ramón. Derecho Administrativo, Tomo I, 5ª. edic, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1993.

46. Rizo Oyanguren, Armando. Manual Elemental de Derecho Administrativo, 1^a.edic. Ed. Universitaria, León-Nicaragua, 1992.
47. Santamaría Pastor, Juan Alfonso. Fundamentos de Derecho Administrativo, Tomo I, Ed. Centro de Estudios Ramón ARECES S.A., Madrid, 1991.
48. Varas C, Guillermo. Derecho Administrativo, 2^a. edic, Ed. Nascimientos, Madrid, 1948.
49. Vedel, Georges. Derecho Administrativo, 1^a. edic, Ed. Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980.

ANEXOS

CONTENIDO DE ANEXOS:

- 1) Requisitos para la obtención de concesión de Distribución
- 2) Solicitud de concesión de Distribución.
- 3) Detalle de documentación que se adjunta.
- 4) Anexo de equipamiento.
- 5) Anexo de obras.
- 6) Anexo Ambiental.
- 7) Anexo Tarifario.
- 8) Solicitud de concesión Minera.

